DER

MINDERKAUFMANN.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

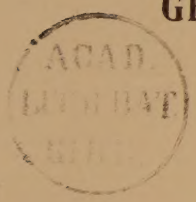
ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

BEI DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

GEORG MÜHLMANN
REFERENDAR IN DRESDEN.



OTTO WIGAND
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
LEIPZIG 1906.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 9

I. **Allgemeines.**

§ 1. Die Arten von Kaufleuten im allgemeinen nach dem deutschen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 . . . 12
§ 2. Kurze Gegenüberstellung der Minderkaufleute des alten und des neuen Rechts 16
§ 3. Die Kaufmannseigenschaft im allgemeinen 18
§ 4. Die Kaufmannseigenschaft als Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft 21

II. **Die Arten der Minderkaufleute.**

§ 5. Die Handwerker 22
§ 6. Die Kleingewerbetreibenden 36

III. **Die rechtliche Stellung der Minderkaufleute.**

A. § 7. Anwendbarkeit der Bestimmungen des H.G.B. 47
B. Vorschriften, welche auf den Minderkaufmann keine Anwendung finden.
§ 8. Die Vorschriften über die Firma 49
§ 9. Die Vorschriften über die Handelsbücher 54
§ 10. Die Vorschriften über die Prokura 58
§ 11. Die Vorschriften der §§ 348 bis 350 59

IV. **Einzelne Besonderheiten.**

§ 12. Voll- und Minderkaufmann in einer Person 61
§ 13. Der im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann . 63
§ 14. Schlussbemerkung 70

Literaturverzeichnis.

I.

Anschütz und von Völderndorff: Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. I. Bd. 2. Auflage. (Allfeld) Erlangen 1894. III. Bd. Erlangen 1874.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1896.

Bovensiepen: Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1905.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Düringer und Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. I. Bd. Mannheim 1899. II. Bd. Mannheim 1901.

Endemann; Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. I. Bd. Leipzig 1881.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. Berlin 1899.

Gareis und Fuchsberger: Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. I. Bd. Berlin 1901. III. Bd. 1. Lieferung. Berlin 1905. 2. Lieferung. Berlin 1906.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. I. Bd. 2. Aufl. Stuttgart 1875.

Grotefend: Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897. Diss. Breslau 1899.

Jacobsen: Die Minderkaufleute nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Diss. Magdeburg 1901.

Immerwahr: Der Minderkaufmann. Breslau 1893.

Königsberger: Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Diss. Berlin 1894.

Lastig: Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer. Halle 1903.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. I. Bd. Berlin 1899. II. Bd. Berlin 1901.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Berlin 1899.

Müller: Der Minderkaufmann einst und jetzt. Diss. Leipzig 1904.
Richter: Die Voraussetzungen des Kaufmannsbegriffs. Diss. Breslau 1895.
Plange: Der Minderkaufmann. Diss. Borna-Leipzig 1903.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.
Thöl: Das Handelsrecht. I. Bd. 6. Aufl. Leipzig 1879.
Warneyer: Bürgerliches Gesetzbuch. Leipzig 1905.
Weiss: Über den Begriff des Minderkaufmanns. Diss. Leipzig 1905.
Yelin: Der Begriff des Kaufmanns nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Diss. Stuttgart 1902.

II.

Altvater und Birkmeyer: Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. XVIII. Bd. Wismar 1900. (Altvater.)
Badische Rechtspraxis: LXX. Jahrgang. Karlsruhe 1904. (Bad. Rechtspr.)
Bankarchiv: Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. 3. Jahrgang. Berlin-Frankfurt 1903. (Bankarch.)
„Das Recht“: Rundschau für den deutschen Juristenstand. („Das Recht“.)
Deutsche Juristenzeitung (Deutsche Jur. Zeit.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (R.G.E.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (R.G.E.Str.).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.).
Diefenbach: Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht. Bd. XXXV. Mannheim 1904. (Diefenbach.)
Friedberg: Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. 6. Aufl. Leipzig 1901.
Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Stuttgart. (Goldsch. Zeitschr.)
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Der ganzen Reihe XLVI. Jahrg.) Berlin 1900. (Gruchot.)
Hahn: Materialien zum Handelsgesetzbuche. Berlin 1897. (Hahn Mat.)
Holdheim: Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Frankfurt. (Holdheim.)
Johow und Ring: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Berlin. (Joh.)
Mugdan und Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Leipzig. Veit & Co. (O.L.G.)
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess. (Sächs. Arch.)

Einleitung.

Das Handelsrecht ist das Recht des Kaufmanns, das sich aus dem bürgerlichen Recht entwickelt hat. Der Begriff des Kaufmanns selbst ist zu verschiedenen Zeiten infolge der Flüssigkeit des Handels ein anderer gewesen. Der Kaufmann ist, wie Lastig sagt, „eine Erscheinung der städtischen Wirtschaft, der Mobiliarwirtschaft, der Geld- oder Kreditwirtschaft, in ihr ist sein Berufsgewerbe zwar nicht entstanden, aber doch zu eigener Entwickelung in allen seinen Zweigen und Nebenzweigen zur eigenen Bedeutung gelangt“ [1]).

Das Handelsrecht bildet das besonders den Bedürfnissen nach Sicherheit und Leichtigkeit des kaufmännischen Verkehrs durch Ausschluss ungeeigneter Rechtssätze und durch Neubildung von Rechtssätzen und ganzen Rechtsinstitutionen Rechnung tragende Privatrecht der Kaufleute für ihren Gewerbebetrieb [2]) [3]).

Durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat nun das Handelsrecht eine wesentliche und bedeutsame Umgestaltung erfahren. Die Änderung des bisher geltenden Handelsrechts wurde bedingt durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches, mit dem das Handelsrecht, da es nur ein besonderes Privat-

1) Lastig S. 24.
2) Schirrmeister in Goldsch. Zeitschr. Bd. 48 S. 426.
3) Cosack S. 3.

recht, also ein Recht für einen bestimmten Kreis von Personen für bestimmte Handlungen und Rechtsgeschäfte innerhalb des bürgerlichen Rechtslebens bildet, in Einklang gebracht werden musste. Daraus ergibt sich, dass, soweit das H.G.B. nicht besondere Bestimmungen enthält, neben dem Handelsrecht das B.G.B. zur Anwendung kommt[1]). Das Handelsgesetzbuch will nur ein besonderes Recht auf dem Gebiete des Privatrechts schaffen. Es stellt einen Kaufmannsbegriff nur für sein Geltungsgebiet auf, ohne den von ihm geschaffenen Begriff auf die übrigen Reichsgesetze ausdehnen zu wollen[2]). Beides geht deutlich aus der Fassung des Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch hervor.

Dem Handelsrecht untersteht ein grosser Kreis von Personen, der durch das neue H.G.B. im Gegensatz zum früheren noch bedeutend erweitert worden ist. Mit Rücksicht darauf hat das Gesetz für eine Art von Kaufleuten gewisse Ausnahmen festgesetzt. Diese Kaufleute werden, wie seit Goldschmidt[3]) in der Doktrin allgemein üblich geworden ist, Kaufleute minderen Rechts (minoris juris) oder kurz Minderkaufleute genannt im Gegensatz zu den Vollkaufleuten (optimo jure)[4]). Dadurch wird der Minderkaufmann von einzelnen Rechtsinstituten ausgeschlossen, weil einmal ihre Einrichtung eine viel zu komplizierte ist, zum anderen aber ihre Anwendung auf den Minderkaufmann infolge ihrer tief in das Leben des Kaufmanns einschneidenden Natur eine unerträgliche Härte darstellen würde.

---

1) Cosack S. 3. Das Handelsrecht ist kein in sich vollständiges Ganze, sondern gibt nur einzelne mehr oder minder zusammenfassende Zusätze zum bürgerlichen Recht.

2) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 3 Abs. 1.

3) Goldschmidt S. 521.

4) Behrend Bd. 1 S. 191.

Die Darstellung des Rechts des Minderkaufmanns im neuen Handelsgesetzbuch soll die Aufgabe dieser Arbeit sein. Bevor jedoch zur eigentlichen Darstellung übergegangen werden kann, halten wir es für angezeigt und erforderlich, kurz festzustellen, welche Arten von Kaufleuten das neue H.G.B. kennt (§ 1), zum anderen, da es sich nur um das Recht des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 handeln soll, mit wenigen Worten auf die Minderkaufleute des alten Rechts im Gegensatz zu den des neuen Rechts einzugehen (§ 2).

I.

Allgemeines.

§ 1.

Die Arten von Kaufleuten im allgemeinen nach dem deutschen Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Während im alten Handelsgesetzbuche Art. 4 die Kaufmannseigenschaft auf einer einheitlichen Grundlage beruhte, nämlich einzig und allein durch den gewerbemässigen Betrieb einer in Art. 271, 272 genau bestimmten Anzahl von Handelsgeschäften begründet wurde, kennt das neue Handelsgesetzbuch verschiedene Entstehungsgründe.

§ 1 Abs. 1 H.G.B. sagt: „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt." Hiernach ist nicht der Begriff des Handelsgeschäfts, sondern der Begriff des Handelsgewerbes maßgebend.

Auf Grund dessen, dass das Handelsgewerbe die Grundlage bildet, kennt das Gesetz folgende Kaufleute:

1. Die Kaufleute kraft Gewerbes (§ 1 Abs. 2).
2. Die Kaufleute kraft Eintragung (§ 2).
3. Die Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung (§ 3).
4. Die Formkaufleute oder fiktiven Kaufleute.

Die Gruppen unter 1 bis 3 werden auch bezeichnet als Muss-, Soll- und Kannkaufleute[1]). Nach Schirr-

1) Makower S. 2.

meister, dem wir uns anschliessen [1]), entsprechen der Gruppe 1 die unmittelbaren Handelsgewerbe, den Gruppen 2 und 3 die mittelbaren Handelsgewerbe und der Gruppe 4 die fingierten Handelsgewerbe [2]).

Musskaufleute, wir bedienen uns dieser kurzen und das Wesen gleichwohl richtig bezeichnenden Ausdrucksweise, sind die Kaufleute, die ein der in Absatz 2 § 1 H.G.B. aufgezählten Handelsgeschäfte gewerbemässig betreiben. Das Betreiben des Gewerbes macht den Inhaber schon zum Kaufmann, ohne dass es einer Eintragung bedarf. Man nennt diese Geschäfte auch die Grundhandelsgeschäfte. Voraussetzung ist also für die Kaufmannseigenschaft als Musskaufmann nur der gewerbemässige Betrieb als solcher. Der Eintritt der Eigenschaft als Kaufmann ist von der Eintragung der Firma in das Handelsregister unabhängig.

Diesen stehen gegenüber die Sollkaufleute und auch die Kannkaufleute.

Die zweite Gruppe der Kaufleute, die Sollkaufleute, ist durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 erst neu geschaffen worden. Es sind die Personen, die zwar nicht ein aus Grundhandelsgeschäften bestehendes geschäftliches Unternehmen betreiben, jedoch ein gewerbliches Unternehmen innehaben, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Zu dem Betreiben muss jedoch, damit der Inhaber die Kaufmannseigenschaft

---

1) In Goldsch. Zeitschr. Bd. 48 S. 440.

2) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 6 unterscheidet das natürliche (per se), künstliche und fingierte Handelsgewerbe, während Staub Bd. 1 S. 46 nur einen Unterschied zwischen reinen und hypothetischen Handelsgewerben macht. Cosack S. 33 teilt die Kaufleute in Kaufleute kraft Gesetzes und in solche kraft Eintragung. Eine andere Einteilung nimmt Goldmann Bd. 1 S. 2 vor, wobei er den Unterschied, den Staub macht, als nicht zutreffend nachweist.

erwerben kann, noch hinzutreten die Eintragung der Firma ins Handelsregister. Zur Anmeldung der Firma und zur Eintragung soll der Registerrichter den Inhaber anhalten, gegebenenfalls durch Ordnungsstrafen dazu zwingen. Diese Art der Kaufleute wird daher auch Kaufleute kraft Gewerbes und Eintragung genannt[1]). Die Eigenschaft als Kaufmann beginnt erst mit dem Momente der Eintragung. Sie ist eine notwendige Voraussetzung. Erst durch ihr Hinzutreten wird dem Gewerbebetrieb der Charakter des Handelsgewerbes, dem Inhaber des Gewerbebetriebes, vorausgesetzt natürlich, dass er es im eigenen Namen betreibt, der Kaufmannscharakter und zwar der des Vollkaufmanns verliehen[2]) [3]) [4]).

Auf die in der Literatur bestehende Kontroverse über die Frage, ob nur der Umfang oder Umfang und Art entscheiden sollen, näher einzugehen, ist nicht nötig, da es den Rahmen, der hier gesteckt ist, überschreiten würde.

Die Kannkaufleute behandelt das Gesetz in § 3. Es hat hier besondere Vorschriften „Privilegien“ [5]) für die Land- und Forstwirtschaft festgesetzt. Auf diese finden §§ 1 und 2 des H.G.B. keine Anwendung. Voraussetzung für die Möglichkeit der Eintragung ist, dass das Gewerbe sich nur als Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes, welches das Hauptgeschäft und Hauptgewerbe sein muss, darstellt. In diesem Nebengewerbe muss der Land- oder Forstwirt entweder die in § 1 bezeichneten Grundhandels-

1) Cosack S. 28; Staub in der Deutsch. Jur. Zeit. Jahrg. 1898 S. 422.

2) Goldmann Bd. 1 S. 22.

3) „Das Recht“ Jahrg. 1900 S. 92 wendet sich gegen die Bezeichnung Sollkaufleute als eine unrichtige und irreführende.

4) Vgl. auch Hahn Mat. S. 459.

5) Staub in Deutsch. Jur. Zeit. Jahrg. 1898 S. 422.

geschäfte abschliessen oder einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb haben. Der Abschluss der Grundhandelsgeschäfte muss ausserdem in erheblichem Umfang erfolgen[1]). Sind alle die vorgenannten Voraussetzungen gegeben, so kann sich der Land- oder Forstwirt in das Handelsregister eintragen lassen. Mit dem Moment der Gebrauchmachung von dieser Berechtigung zur Eintragung wird auch die Eigenschaft als Vollkaufmann vom Inhaber des Gewerbes erworben.

Die vierte Gruppe, die sog. Formkaufleute[2]) oder fiktiven Kaufleute[3])[4]), wird gebildet von den Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit, denen ohne Rücksicht auf den Gegenstand, Art und Umfang des Unternehmens — „um ihrer Form willen“ — die Kaufmannseigenschaft beigelegt wird. Es sind das die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Diesen juristischen Personen kommt die Kaufmannseigenschaft, nicht ihren Mitgliedern zu. Die Kaufmannseigenschaft erwächst ihnen natürlich mit dem Zeitpunkt, wo sie in das für sie zuständige Register eingetragen werden; denn vorher kann man noch nicht von einem Bestehen sprechen.

Innerhalb der Gruppe der Musskaufleute unterscheidet das Gesetz noch die Vollkaufleute und die Kaufleute minderen Rechts, die Minderkaufleute.

Über den Begriff des Scheinkaufmanns siehe unten § 13.

---

1) Staub Bd. 1 S. 64; Goldmann Bd. 1 S. 25; Staub in Deutsch. Jur. Zeit. Jahrg. 1898 S. 422; Makower S. 2.

2) Schirrmeister in Goldsch. Zeitschr. Bd. 48 S. 441; Gareis S. 66.

3) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 7.

4) Dagegen „Das Recht“ Jahrg. 1900 S. 92.

§ 2.

Kurze Gegenüberstellung der Minderkaufleute des alten und des neuen Rechts.

Das alte Handelsgesetzbuch brachte in Art. 10 Abs. 1 eine Aufzählung aller der Personen, die es als Minderkaufleute betrachtet wissen wollte. Die Anzahl dieser Personen konnte jedoch durch Landesgesetzgebung erweitert oder verkleinert werden. Der Abs. 3 von Art. 10 sagt:

„Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten zu verordnen, dass die bezeichneten Bestimmungen (Firmen, Handelsbücher, Prokura) auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden soll. Ebenso können sie aber auch verordnen, dass diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen oder dass sie auf alle Kaufleute ihres Staatsgebiets Anwendung finden sollen."

Danach hat das alte H.G.B. den Begriff des Minderkaufmanns nur subsidiär bestimmt, die Landesgesetzgebungen konnten den Kreis sowohl weiter als enger ziehen [1]).

Von dieser Befugnis haben die Einzelstaaten teilweise reichlichen Gebrauch gemacht, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit bestand [2]).

Nach dem alten Handelsgesetzbuch waren Minderkaufleute:

1. Die Höker, Trödler, Hausierer, Wirte und zwar stets ohne Rücksicht auf den Umfang des Gewerbes.
2. Die den Hökern, Trödlern, Hausierern ähnlichen Handelsleute, sowie die Fuhrleute und Schiffer, jedoch nur bei geringfügigem Gewerbebetrieb.

---

1) Behrend Bd. 1 S. 197; Goldschmidt S. 540.

2) Vergl. die Ausführungen bei Behrend Bd. 1 S. 199 und Goldschmidt S. 541, 542.

3. Alle Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausging[1]).

Soweit es sich um den Sinn und die Auslegung der Gesetzesworte: „und dergl. Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb“ handelt, herrschte in der Literatur lebhafter Streit[2]). Alle anderen, d. h. in Art. 10 nicht aufgeführten Kaufleute gelten als Vollkaufleute selbst bei vollständig geringfügigem Gewerbebetrieb[3]). Das alte H.G.B. liess im allgemeinen für die Entscheidung der Frage, ob Minderkaufmann oder nicht, die Art des Handelsbetriebes entscheidend sein.

Das neue H.G.B. hat mit dieser Auffassung gebrochen, es lässt weiterhin nicht mehr die Art, sondern vorwiegend den Umfang des Gewerbebetriebes maßgebend sein, mit Ausnahme der Handwerker, wo die Art noch entscheidet[4]). Es kennt zwei Klassen von Minderkaufleuten:

1. Die Handwerker.
2. Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

Hierbei entsprechen die Handwerker des neuen H.G.B. den vorher unter 3. aufgeführten Personen.

Dadurch nun, dass das neue H.G.B. das Gewicht auf den Umfang des Gewerbebetriebes legt, sind nach seinem Inkrafttreten am 1. Jan. 1900 ein Teil der in Art. 10 aufgeführten Kaufleute ihrer Minderkaufmannseigenschaft verlustig gegangen, ein Teil wieder ist aus dem Kreise der Vollkaufleute in den der Minderkaufleute versetzt worden.

---

1) Weiss S. 6.

2) Vergl. dazu Immerwahr S. 11—17, wo die einzelnen Ansichten und die in Betracht kommende Literatur aufgeführt wird.

3) Lotze in Gruchot Bd. 44 S. 407.

4) Makower S. 17; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 38.

§ 3.

Die Kaufmannseigenschaft im allgemeinen.

Das alte Handelsgesetzbuch klassifiziert also die Kaufleute; das neue H.G.B. tut dies nicht, sondern sagt nur, Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Für die Beurteilung der Minderkaufmannseigenschaft halten wir es für angezeigt und ratsam, kurz die Kaufmannseigenschaft im allgemeinen zu erörtern, d. h. die Erfordernisse festzustellen, die für Erlangung der Kaufmannseigenschaft nötig sind.

Das Handelsgesetzbuch sagt in § 1 Abs. 1: „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt".

Der Begriff wird also nur für das H.G.B. „im Sinne dieses Gesetzbuchs" aufgestellt. Doch ist er für die Terminologie des bürgerlichen Rechts und andere Vorschriften des Reichsrechts, soweit nicht in denselben etwas anderes bestimmt ist, maßgebend [1]).

Erforderlich für die Kaufmannseigenschaft ist sonach

1. Ein Handelsgewerbe.

2. Das Betreiben eines solchen Gewerbes. Das H.G.B. gibt keine Definition des Begriffs Handelsgewerbe. Es bestimmt vielmehr in den §§ 1, 2 und 3, was als Handelsgewerbe zu betrachten ist. In § 1 gibt es eine Aufstellung von Geschäften, die man allgemein, wie bereits erwähnt, als die sog. Grundhandelsgeschäfte bezeichnet und deren gewerbemässiger Betrieb zum Kaufmann macht [2]). In § 2 werden gewerbliche Unter-

1) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 24; Goldmann Bd. 1 S. 2.

2) Staub Bd. 1 S. 40. Handelsgewerbe ist daher nicht bloss der gewerbemässige Betrieb der in § 1 Abs. 2 aufgezählten Geschäfte der früheren absoluten und relativen Handelsgeschäfte, sondern auch jedes andere kaufmännisch betriebene Gewerbe nach Maßgabe der §§ 2, 3.

nehmen allgemein, deren Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung erfordert, als Handelsgewerbe bezeichnet. Kein Gewerbe im Sinne des Handelsgesetzbuchs ist die wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit, auch wenn sie auf Erwerb gerichtet ist[1]).

Was ist nun unter dem Begriff „Gewerbebetrieb" zu verstehen, welches sind seine Erfordernisse?

Gareis gibt eine Definition dahin, dass „Gewerbe eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, welche aus einer Reihe einzelner, zufolge eines zusammenfassenden Willensentschlusses, zu einem wirtschaftlichen Zwecke geeinte Handlungen besteht und auf Erzielung eines Einkommens gerichtet ist, welch letzterer Umstand jedoch keineswegs verlangt, dass Gewinn gemacht werden oder dieser ziffernmässig zu ermitteln sein muss" [2]). Die Tätigkeit muss also eine dauernde sein, der Wille muss von vornherein auf den Abschluss einer Reihe von Geschäften gerichtet sein [3]) [4]).

Die Erwerbstätigkeit muss ferner auf Erwerb, Erzielung von Gewinn gerichtet sein, also nicht bloss auf Deckung der Unkosten [5]).

Weiter muss diesen beiden Erfordernissen noch ein drittes hinzutreten, was in der oben citierten Definition von Gareis nicht enthalten ist. Der auf Erzielung von Gewinn und auf den fortgesetzten Betrieb gerichtete Wille muss sich nach aussen hin, gegenüber dem allgemeinen Verkehr als solcher kundtun; der

1) Hahn Mat. S. 197.

2) a. a. O. S. 64.

3) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 25; Grotefend S. 2; Goldmann Bd. 1 S. 2; Makower S. 5; R.O.H.G. Bd. 3 S. 407; R.G.E. Bd. 38 S. 20; Staub Bd. 1 S. 43.

4) Cosack S. 22 spricht davon, dass „planmässig" auf Gewinn hin gearbeitet werden müsse.

5) Makower S. 5; R.G.E. Bd. 37 S. 297; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 4.

Gewerbetreibende muss dem Publikum gegenüber stets als Geschäftsmann auftreten. Staub lehnt dieses Erfordernis ab, indem er behauptet, dass das Gesetz dies nicht verlange[1]). Unseres Erachtens, womit wir uns sogleich der übrigen Literatur[2]) anschliessen, tut Staub dies mit Unrecht. Wie soll der auf den fortgesetzten Betrieb und Erzielung von Gewinn gerichtete Wille erkannt werden, wenn der Gewerbetreibende dies nicht durch äussere Zeichen kundgibt, z. B. durch Errichtung eines Etablissements, eines offenen Ladens oder dergl. mehr. „Es ist ebenso genügend wie unentbehrlich: Das Auftreten dem Publikum gegenüber als Geschäftsmann[3])." Treffen diese aufgeführten Erfordernisse, der auf ein fortgesetztes Betreiben, auf Erzielung von Gewinn gerichtete, nach aussenhin manifestierte Wille in der Person desjenigen, der das Gewerbe betreibt, zusammen, so liegt Kaufmannseigenschaft vor. Es gilt nur noch zu erörtern, was unter Betreiben zu verstehen ist.

Das Handelsgewerbe betreibt derjenige, in dessen Namen die Geschäfte des Handelsgewerbes geschlossen werden. Nötig ist also nicht, dass der Unternehmer für sich selbst zu erwerben beabsichtigt. Das Betreiben im eigenen Namen bedeutet, dass derjenige das Gewerbe betreibt, welcher durch den Abschluss des Geschäfts Rechte und Pflichten erwirbt. Daher ist z. B. der Vormund, der als Vertreter für einen Minderjährigen in dessen Namen das Geschäft führt, nicht Kaufmann, sondern nur der Minderjährige, denn dieser erwirbt die Rechte und die Pflichten. Nicht ist aber nötig, dass das Geschäft auf Rechnung der Person, in deren

---

1) a. a. O. Bd. 1 S. 44.

2) Makower S. 6; Goldmann Bd. 1 S. 2; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 4; R.O.H.G. Bd. 22 S. 303; Düringer-Hachenburg S. 25—26; R.O.H.G. Bd. 9 S. 436; Bd. 17 S. 158; Bd. 3 S. 407.

3) Cosack S. 22.

Namen das Geschäft betrieben wird, geführt wird, z. B. kann der Vormund für Rechnung des Mündels das Geschäft auf seinen eigenen Namen betreiben, dann ist der Vormund Kaufmann [1]). Kaufmann ist auch nicht derjenige, welcher das Kapital zum Gewerbe gibt, ohne dass dies auf seinen Namen betrieben wird.

Objektiv wird also für die Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft das „Betreiben eines Handelsgewerbes" erfordert. Subjektive Erfordernisse für die Kaufmannseigenschaft stellt das H.G.B. nicht auf. Es verlangt insbesondere keine eigene Tätigkeit; es ist daher auch derjenige Kaufmann, in dessen Namen das Geschäft von anderen Personen, z. B. von Bevollmächtigten, betrieben wird. Infolgedessen kann jedes rechtsfähige Subjekt Kaufmann sein, also Kinder unter 7 Jahren, Geisteskranke, überhaupt Geschäftsunfähige. Für sie handelt der Vertreter, dessen Befugnisse sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmen. Die Kaufmannseigenschaft kann danach weiter zustehen Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind. Kaufmann kann ferner nach neuem Recht auch die Ehefrau sein. Aber nicht nur physische Personen, sondern auch juristische Personen können Kaufleute sein.

Zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft ist also, um es noch einmal zusammenzufassen, nur nötig, subjektiv ein rechtsfähiges Subjekt und objektiv der Betrieb eines Handelsgewerbes.

§ 4.

Die Kaufmannseigenschaft als Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft.

Alle im vorstehenden § 3 für die Kaufleute genannten Erfordernisse müssen auch auf den Minder-

1) Goldmann Bd. 1 S. 4; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 26.

kaufmann zutreffen, da die Voraussetzung der Minderkaufmannseigenschaft die Kaufmannseigenschaft im allgemeinen ist. Der Minderkaufmann kann nur unter die Kaufleute des § 1 Abs. 2 fallen, denn, soweit für die Kaufmannseigenschaft Grossbetrieb erforderlich ist, ist eine Klasse von Minderkaufleuten nicht möglich [1]). Der § 4 H.G.B. bezieht sich nur auf solche Handwerker und Kleingewerbetreibende, die nach § 1 Abs. 2 Kaufleute sind [2]). Minderkaufleute können also nur Kaufleute kraft Gewerbes sein, deren Betrieb durch seine Eigenartigkeit die volle Anwendung der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs nicht zulässt.

Die Minderkaufleute zerfallen in zwei Arten, in die „Handwerker“ und „die Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“; letztere nennt man wohl auch einfach Kleingewerbetreibende.

II.

Die Arten der Minderkaufleute.

---

§ 5.

Die Handwerker.

Das H.G.B. bestimmt den Begriff des Handwerkers nicht. Auch aus anderen Reichsgesetzen, wie aus der Reichsgewerbeordnung, ist eine Begriffsbestimmung nicht zu entnehmen. Mit Recht vermeidet das Gesetz eine solche Definition des Begriffs „Handwerk“, da er

1) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 38.
2) Makower S. 17.

ein flüssiger, ein den Schwankungen der Verkehrsanschauungen und den Fortschritten auf dem Gebiete der Volkswirtschaft unterliegender ist[1]). Dadurch wird eine jeweilige Anpassung des Begriffs gefordert.

Das Reichsgericht[2]) sagt daher: „Unter diesen Umständen kann die Entscheidung hinsichtlich des Begriffs des Handwerks nur auf dem Gebiete der allgemeinen bez. einer besonderen örtlichen Auffassung des Verkehrs hierüber gesucht und gefunden werden."

Wie wir im § 4 gezeigt haben, ist Voraussetzung für die Eigenschaft des Minderkaufmanns die Kaufmannseigenschaft. Es können unseren Betrachtungen und Beurteilungen also nur die Handwerker zu Grunde gelegt werden, welche die Kaufmannseigenschaft besitzen. Das Gesetz führt in den §§ 1—3 die Kaufleute auf. Von diesen Kaufleuten[3]) können die in §§ 2 und 3 Genannten nicht in Betracht kommen, da für sie neben dem Betrieb die Eintragung für die Kaufmannseigenschaft unbedingt nötig ist. Von dem Handelsregister sind aber gerade die Minderkaufleute ausgeschlossen. Damit bleiben zur Beurteilung nur noch die in § 1 Abs. 2 aufgezählten Kaufleute, die sog. Musskaufleute oder Kaufleute kraft Gewerbes, übrig. Gegenstand eines Handwerks können die in § 1 Abs. 2 Ziffer 3—8 aufgeführten Geschäfte nicht sein; sie fallen somit von vornherein aus.

Von den nun noch übrig bleibenden Personen unterscheidet das Gesetz scharf zwischen zwei Arten von Handwerkern, und zwar zwischen den Handwerkern mit Umsatzgewerbe (§ 1 Abs. 2 Ziffer 1), die Minderkaufleute sind, und den Lohnhandwerkern (§ 1 Abs. 2

---

1) Plange S. 7.
2) R.G.E.Str. Bd. 21 S. 209.
3) Vergl. oben § 3.

Ziffer 2), die Nichtkaufleute sind, oder, wie unserer Ansicht nach Bovensiepen zutreffend einteilt, zwischen den Handwerkern im weiteren Sinne oder kaufmännischen Handwerkern und den Handwerkern im engeren Sinne, den nicht kaufmännischen Handwerkern [1]). An dieser Stelle sei auch gleichzeitig auf den Gewerbebetrieb der Druckereien (§ 1 Abs. 2 Ziffer 9) eingegangen. Wie der Lohnhandwerker nur dann Kaufmann ist, wenn sein Betrieb „über den Umfang des Handwerks" hinausgeht, so ist für den Inhaber eines Druckereigewerbes das gleiche Kriterium für seine Kaufmannseigenschaft maßgebend. Der Lohnhandwerker oder nichtkaufmännische Handwerker schafft keine bewegliche Sachen an, um sie unverändert oder verändert weiter zu veräussern. Er übernimmt, wie das Gesetz sagt, nur die Bearbeitung oder Verarbeitung für andere. Damit ist aber deutlich gesagt, dass er den Stoff und die Ware roh geliefert erhält, um sie be- oder verarbeitet demjenigen, welcher mit ihm den Werkvertrag abgeschlossen hat, zurückzugeben. Er gibt also den Rohprodukten nur die Form; dabei ist er Eigentümer der Betriebsmittel, er arbeitet nur auf Bestellung und wird meist ohne Hilfskräfte arbeiten. Hierher sind zu rechnen [2]) der Färber, Bleicher, Plätter, Zeugdrucker, Spinner, Schneider, Tischler, soweit sie nicht bezogene Waren verkaufen. Diese Lohnhandwerker sind, soweit sich ihr Betrieb in bescheidenen Grenzen bewegt, von der Anwendung des Handelsgesetzbuchs ausgeschlossen; sie können also überhaupt nicht Minderkaufleute sein. Bei ihnen gibt es nur zwei Möglichkeiten, sie sind entweder Handwerker im engeren Sinne oder wenn ihr Betrieb die Grenzen des Handwerks überschreitet,

---

1) a. a. O. S. 18.
2) Goldschmidt S. 537.

d. h., ihr Gewerbe einen grösseren Umfang annimmt, meist Vollkaufleute. Der Umstand, dass sie etwa selbstbeschaffte Zutaten bei Fertigstellung des Werkes verwenden, ändert nichts. Der Flickschneider, vorausgesetzt, dass sich die Bestellungen und Anfertigung in bescheidenen Grenzen halten, wird trotz der Zutaten von Knöpfen, Zwirn usw. nicht Kaufmann.

Geht der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinaus, so gelten sie nicht mehr als Handwerker, sondern als Fabrikanten, die meist Vollkaufleute sind. Doch kann ihr über das Handwerk hinausgehende Gewerbebetrieb die Grenzen des Kleingewerbes einhalten, dann wird der Inhaber Minderkaufmann. Es ergibt sich also die Möglichkeit, dass ein Lohnhandwerker erst Minderkaufmann und dann Vollkaufmann wird [1]).

Es sei noch der Bauhandwerker gedacht. Sie können nur Handwerker im Sinne von Lohnhandwerker oder Vollkaufleute sein, ein Mittelding gibt es nicht. Sie be- oder verarbeiten nicht bewegliche Sachen, sondern sie fügen bewegliche Sachen, die Baumaterialien, derart in ein Grundstück ein, dass dieselben wesentliche Bestandteile derselben werden. Der Bauhandwerker kann jedoch dann, wenn sein Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation besitzt, Vollkaufmann nach § 2 H.G.B. werden. Soweit die Lohnhandwerker, die, wie gezeigt, hier nicht weiter in Betracht kommen. Wir kommen nun zu dem Handwerker-Kaufmann. Voraussetzung für diese Art von Handwerkern ist, wie bereits erwähnt, die Kaufmannseigenschaft. Wie wir gesehen haben, muss sein Gewerbe unter § 1 Abs. 2 Ziffer 1 fallen. Es fragt sich

1) Ebenso Jacobsen S. 10; Müller S. 30: „Es kann sich also der eigenartige Fall ergeben, dass ein derartiger Gewerbetreibender vom Nichtkaufmann zum Minderkaufmann und von da zum Vollkaufmann emporsteigt.“ Plange S. 8.

aber nun, was ein Handwerker-Kaufmann ist. Über die speziellen Merkmale des Handwerksbegriffs herrscht in der Literatur, weniger in der Rechtsprechung lebhafter Streit. Auf der einen Seite steht Staub, auf der anderen Seite die übrige Literatur und Rechtsprechung [1]).

Wir wenden uns zuerst zu der von Staub vertretenen Ansicht. Staub definiert den Handwerksbegriff wie folgt [2]):

> „Handwerker ist der Inhaber eines unter § 1 Abs. 2 Ziffer 1 fallenden Gewerbes oder eines Gewerbes bestehend in der Anschaffung von Material zum Zwecke der Be- und Verarbeitung und der demnächstigen Veräusserung im beweglichen Zustande, sofern der Umfang des Gewerbes eine kaufmännische Organisation nicht erfordert."

Staub geht bei der Definition des Begriffs „Handwerk" vom gleichen Kriterium wie beim Kleingewerbe aus. Er leugnet also ein dem Handwerk spezielles Merkmal. Er kommt zu der obigen Definition, indem er sagt: Der § 1 lässt sowohl in seiner Ziffer 2 als auch in seiner Ziffer 9 deutlich erkennen, dass er in dem Umfange des Betriebes das Kriterium des Handwerksmässigen im Gegensatz zum höheren Kaufmannsbetrieb, zum Grossbetrieb erblickt. Des weiteren weise die ganze Entstehungsgeschichte des Gesetzes darauf hin, dass nur der Umfang maßgebend sein könne. Staub leitet dabei den § 4 aus Art. 10 ab. Mit dem Worte „Handwerker" in § 4 habe das Gesetz zwar eine kürzere Bezeichnung, aber in keiner Weise eine sachliche Änderung der in Art. 10 genannten „Per-

---

1) Staub Bd. 1 S. 71 ff. u. Staub in Deutsch. Jur. Zeit. Jahrg. 1898 S. 421 ff.

2) a. a. O. Bd. 1 S. 72 Anm. 3.

sonen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht", treffen wollen. Dies sei auch deutlich aus der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch zu ersehen, die besage: „Einzelne Vorschriften des dritten Buchs eignen sich allerdings nicht zur Anwendung auf die Geschäfte der Handwerker, wie überhaupt auf die Geschäfte der Kleingewerbetreibenden[1])." Es sei doch daraufhin anzunehmen, dass das Gesetz Handwerker und Kleingewerbetreibende habe auf eine gleiche Stufe stellen wollen. Für beide sei nur der Umfang maßgebend. Staub legt den Ton darauf, dass der Umfang so beschaffen sein muss, dass er eine kaufmännische Organisation erfordert, nicht darauf, dass das Gewerbe eine kaufmännische Organisation erfordert[2]). Es könne keinem Zweifel unterliegen, dass unter Umfang nichts weiter zu verstehen ist, als der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte. Dieser Ansicht von Staub steht die übrige Literatur und die Rechtsprechung, die in dieser Beziehung wohl als eine ständige bezeichnet werden kann, gegenüber. Sie weisen das von Staub aufgestellte Kriterium des Umfangs teilweise als nicht zutreffend, teilweise als falsch zurück.

Nicht der quantitative, sondern quantitativer wie qualitativer Inhalt entscheidet. Diese Meinung findet ihre Unterstützung in den Ausführungen der Denkschrift. „Dem Handwerkerstande muss die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung wie bisher bewahrt bleiben." Wenn die Ansicht von Staub als zutreffend bezeichnet werden sollte und könnte, so würde es „sinnlos"[3]) sein, dass das Gesetz die Handwerker besonders hervorgehoben hat, neben „den

1) Hahn Mat. S. 201.
2) Staub Bd. 1 S. 72 Anm. 3.
3) Goldmann Bd. 1 S. 29.

Personen, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht". Zwar war, wie der Kommissionsbericht[1]) zeigt, der Antrag gestellt worden, das Wort „Handwerker" zu streichen. Man solle, da es schwierig sei, die Grenze zwischen Handwerker und Kaufmann zu ziehen, auch hier „den Umfang" des Geschäftsbetriebes entscheiden lassen. Dieser Antrag wurde indessen abgelehnt, nachdem ihm entgegengehalten worden war, dass die bisherige Sonderstellung des Handwerks sich bewährt und zu Klagen keine Veranlassung gegeben habe, auch seien Wünsche in dieser Richtung kaum laut geworden.

Das Reichsgericht erklärt für die Bestimmung des Handwerks ausser dem Umfang, auf den allein kein entscheidendes Gewicht gelegt wird, für maßgebend: die Art und Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte und hier insbesondere die Art der Hilfsmittel (Maschinen und Werkzeuge), die zur Herstellung benutzt werden, den Grad der erfolgten Arbeitsteilung, das Maß der Arbeitsleistung des Gewerbeunternehmers — Mitarbeit des Meisters —, die Grösse und Beschaffenheit der dem Gewerbe dienenden Räumlichkeiten[2]) [3]). Diese von der Judikatur aufgestellten Betriebsmerkmale entscheiden auch nach der in der Literatur herrschenden Ansicht[4]). Hierzu erklärt Staub[5]): Die

---

1) Hahn Mat. S. 539.

2) R.G.E.Str. Bd. 24 S. 357, Bd. 5 S. 489; R.G.E. Bd. 57 S. 387 ff.; O.L.G. Bd. 8 S. 250 ff.

3) Joh. Bd. 9 S. 11; Goldmann Bd. 1 S. 29: „Alle diese Gesichtspunkte, gegenüber welchen die Höhe des Geschäftsumsatzes an Bedeutung zurücktritt, werden auch künftighin für die maßgebenden zu erachten sein.

4) Makower S. 19; Goldmann Bd. 1. S. 29; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 53; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 39 und die dort aufgeführte Literatur.

5) a. a. O. Bd. 1 S. 72 u. 73.

aufgeführten Merkmale liessen wohl meist einen Rückschluss auf das Vorhandensein eines solchen Umfanges zu, aber entscheidend seien nicht sie, sondern lediglich der Umfang. Wenn der Inhaber eines Betriebs eine streng durchgeführte Arbeitsteilung eingeführt habe, oder wenn er auf Vorrat arbeiten lasse, so sei gleichwohl, wenn sich der Betrieb im Ganzen im geringen Umfang halte, die Grenze der Handwerksmässigkeit nicht überschritten. Auch die Art der Arbeitsmittel, Werkzeuge oder Maschinen, entscheide nicht. Das Wort Handwerk könne irreführen. Man könnte auf Grund des Wortes „Handwerk“ annehmen, dass das erzeugte Produkt im wesentlichen der Hände Werk sein müsse. Allein unsere technischen Erfindungen hätten auch das Handwerk nicht unberührt gelassen. Trotz der Zuhilfenahme von maschinellen Hilfsmitteln blieben Schlosser, Tischler, Uhrmacher Handwerker. Ebenso sei das Vorwiegen der Mitarbeit, der persönlichen Arbeitskraft des Meisters, nicht entscheidend. Dieser Ansicht von Staub ist entgegengehalten worden:

Das Gesetz habe nicht ohne Grund Handwerker und Kleingewerbetreibende aufgeführt. Zum anderen, wenn das Gesetz in § 1 vom Umfang des Handwerks spreche und in § 4 vom Handwerker, so sei dies eine Inkonsequenz, die aber nicht dazu berechtige, den Umfang als für das Handwerk allein maßgebend zu erachten. Staub ist unseres Erachtens weiter insofern nicht beizupflichten, als er den Relativsatz im § 4 „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht“ auf die Handwerker bezieht. Nach der in der Literatur vorherrschenden, auch hier vertretenen Ansicht begeht Staub einen logischen Fehler. Das Gesetz will nicht eine Nebeneinanderstellung, sondern eine Gegenüberstellung. Auf der einen Seite steht der Handwerker, auf der anderen Seite Personen, deren

Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbebetriebes hinausgeht. Wenn sich Staub weiter auf die Entstehungsgeschichte beruft, so ist dem entgegenzuhalten, dass dies nicht entscheidend sein kann und ist. In erster Linie kommt das Gesetz selbst in Betracht. Nur zur Erläuterung und Erklärung können die Materialien herangezogen werden, aber nicht in der Weise, dass ihnen ein entscheidendes Gewicht beigelegt wird. Staub ist mit seiner Ansicht aber auch auf Grund der Materialien zu widerlegen. Wenn die Denkschrift sagt, dem Handwerk müsse die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung wie bisher gewahrt bleiben, so wird mit dem Worte „Betriebsverhältnisse“ unserer Ansicht nach deutlich gesagt, dass die „Verhältnisse“ des Betriebs in Betracht kommen. Wollte man mit Staub nur den Umfang darin sehen, so würde der Begriff zu eng gefasst sein. Als „Verhältnisse“ sind alle Momente und Merkmale zu berücksichtigen, die dem Handwerk eigentümlich sind.

Wir kommen also dazu, als Handwerker im Sinne des § 4 folgende Personen anzusprechen: Handwerker-Minderkaufleute sind die Personen, die das in § 1 Abs. 2 Ziffer 1 fallende Gewerbe betreiben und deren Gewerbebetrieb bei Berücksichtigung der Betriebsverhältnisse nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Zu ihnen gehört die grosse Masse der Handwerker wie Bäcker, Fleischer, Schuster, Schlosser, Tischler usw.

Bisher haben wir den Handwerker nur daraufhin betrachtet, welche Erfordernisse maßgebend sind für seine Minderkaufmannseigenschaft. Der Handwerker kann jedoch auch den Boden des Handwerks verlassen und durch Vergrösserung des Betriebs sich zu einem Vollkaufmann entwickeln; dann wird er zum Fabrikanten. Es kommt dann zur Gegenüberstellung von

Handwerk und Fabrikbetrieb. Ebensowenig wie es eine für alle Zeiten giltige Definition des Handwerks gibt, ebensowenig gibt es eine solche des Fabrikbetriebes. Eine bestimmte Grenze gibt es nicht; eine Fixierung der allgemeinen Grenzlinie ist nicht durchführbar [1]). Es ist dem Registerrichter überlassen im Einzelfalle zu entscheiden. Fabrik und Handwerk sind keine verschiedenen Gewerbszweige eines und desselben Gewerbes; es gibt kein besonderes Fabrikgewerbe und Handwerksgewerbe, sondern nur eine fabriksmässige oder handwerksmässige Form der Ausbeutung des Gewerbes [2]). Der Unterschied zwischen Fabrikbetrieb und Handwerk lässt sich nur nach den jeweiligen konkreten Verhältnissen feststellen [3]). Die Grenze, ob Handwerk oder Fabrikbetrieb vorliegt, vermag nicht, wie Staub meint, der Umstand zu entscheiden, ob der Umfang des Gewerbes eine kaufmännische Organisation erfordert; z. B. ist es sehr gut denkbar, dass das Unternehmen trotz erheblicher Bedeutung seiner ganzen Anlage nach so einfach und durchsichtig ist, dass sich spezifisch kaufmännische Einrichtungen für dasselbe völlig erübrigen [4]). Bei Feststellung der Grenze durch den Registerrichter hat dieser alle Momente in Betracht zu ziehen, er darf sich nicht darauf beschränken, einzelne Momente, wie den Umsatz, Anlage — oder Betriebskapital, herauszugreifen und da-

---

1) Goldschmidt S. 509 ff.

2) Weiss S. 9.

3) R.G.E.Str. Bd. 24 S. 357; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 54.

4) Dr. Fuld im sächs. Arch. Bd. 13 S. 357: Die Gegensätze Fabrikbetrieb und Handwerk decken sich vielfach mit dem Gegensatze Handwerker und Kaufmann, aber durchaus nicht schlechthin und ausnahmslos. Es ist möglich, dass eine Person als Kaufmann im Sinne des H.G.B. zu betrachten ist und gleichwohl ihr Betrieb sich als Handwerk charakterisiert.

nach zu entscheiden [1]). Die letzten drei Momente sind, wie die Denkschrift sagt, gedeckt durch den von der Kommission an Stelle des „Geschäftsumsatzes“ gesetzten „Geschäftsumfang“.

Für die Beurteilung, ob Fabrikbetrieb oder Handwerk vorliegt, ist einmal zu berücksichtigen das Verhältnis des Inhabers zu seinem Hilfspersonal, zum anderen dessen Zahl und Beschaffenheit. Beim Handwerk wiegt die persönliche Arbeitskraft vor, insofern der Unternehmer nicht nur die Oberleitung führt, sondern auch persönlich neben den Gesellen und Lehrlingen, aus denen er gewöhnlich hervorgegangen ist und deren sozialer Klasse er somit angehört, mitarbeitet [2]). Eine strenge Arbeitsteilung ist nicht durchgeführt, zum mindesten weniger durchgebildet. Die Tätigkeit des Handwerkers wird meist eine manuelle sein, wenn auch die Errungenschaften der modernen Technik mit verwertet werden. Doch macht dies den Handwerker noch nicht zum Fabrikanten [3]). Beim Fabrikbetrieb wird der Chef sich meist auf die technische oder kommerzielle Oberleitung, welche ihn in der Regel vollauf beschäftigt, beschränken [4]). Der Unternehmer beschränkt sich hier auf die Überwachung des Betriebes, während die Angestellten die technische Ausführung haben. Weiter ist entscheidend die Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte und für diese die Art der benutzten gewerblichen Hilfsmittel (mehr durch Maschinen als durch Werkzeuge), die Qualität des be-

---

1) Joh. Bd. 21 S. 70.

2) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 39.

3) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 54: Dadurch, dass ein Handwerker einen Motor benutzt, wird er ebensowenig Fabrikant, als dadurch, dass er einen Teil seiner Arbeiten ausser dem Hause fertigen lässt. Vergl. auch Müller S. 36; Königsberger S. 8.

4) Goldschmidt S. 574.

schäftigten Hilfspersonals, die Beschaffenheit der für die Ausübung des Gewerbes benutzten Räumlichkeiten und ähnliche dem Gewerbe als solchem die Signatur des fabrikmässigen Betriebes aufprägende Momente [1]). Weiter wird der Handwerker in der Regel nur für seinen augenblicklichen Bedarf einkaufen und weniger auf Vorrat arbeiten. Der Fabrikant wird zwar häufig auch auf Vorrat arbeiten lassen, jedoch er wird den Verkauf nicht wie der Handwerker in seinem Geschäft mit besorgen, sondern den eigentlichen kaufmännischen Vertrieb der Waren dem Detailverkäufer überlassen [2]).

Die Prüfung aller dieser Momente kommt für den Registerrichter in Betracht, insbesondere hat er dabei aber noch den allgemeinen Charakter des Betriebes in Betracht zu ziehen und zu prüfen, ob der Betrieb die innere Natur des Handwerks bewahrt hat [3]). Nicht genügt, wie allgemein in der Literatur und Rechtsprechung anerkannt ist, ein einziges dieser Momente allein, um den Handwerker zum Fabrikanten zu machen; es ist nötig, dass sie alle zusammentreffen [4]) [5]). Das Zusammentreffen einer Mehrzahl eigener Kennzeichen

---

1) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 54; R.G.E.Str. Bd. 24 S. 357, Bd. 25 S. 5; Anschütz und von Völderndorff (Allfeld) Bd. 1 S. 70, 71; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 29; Makower S. 19.

2) Goldschmidt S. 515.

3) Goldmann Bd. 1 S. 29; Bovensiepen S. 21.

4) So sagt das Reichsgericht Bd. 1 S. 382, Bd. 24 S. 357 ausdrücklich: „Sobald feststeht, dass ein Gewerbe seinen allgemeinen Charakter nach zum Handwerk gehört, so müssen besondere Umstände vorliegen, wenn die Annahme gerechtfertigt werden soll, dass der Handwerksbetrieb durch den Umfang, in welchem das Gewerbe ausgeübt wird, überstiegen wird.

5) A. gl. O. „Auch wird ein seiner inneren Beschaffenheit nach handwerksmässiger Betrieb nicht dadurch zu einem fabrikmässigen, dass er im erheblichen Umfang geschieht und erhebliche Resultate liefert.“ Vergl. auch Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 53.

ist unter Umständen geeignet zur Erfüllung des Begriffs [1]).

Unter den Handwerkern gibt es nun aber auch solche, die nicht lediglich selbst gearbeitete Waren, sondern auch von Dritten angeschaffte Ware liefern oder feilhalten, sei es, weil sie so billiger, vielleicht auch besser zu liefern vermögen, sei es, weil diese Waren dem Gebrauche der eigenen Waren ergänzend dienen oder sie diese gelegentlich der Ausübung ihres Handwerks leichter an den Kundenkreis absetzen können [2]). Wir möchten sie mit Müller [3]) als Handwerker mit Nebengewerbe bezeichnen. Für ihre rechtliche Beurteilung sind zwei Fragen zu unterscheiden:

1. Entsprechen die vom Handwerker bezogenen Waren den in seinem Geschäft angefertigten Waren?
2. Erstreckt sich die Haupttätigkeit des Handwerkers auf sein Handwerk oder auf den Verkauf der fertigen Produkte?

Schafft der Handwerker Waren gleicher Natur wie die von ihm selbst verfertigten an, so übt dies auf seine Eigenschaft als Handwerker keinerlei Einfluss, weil es in Verbindung mit dem Handwerk erfolgt. Selbstverständlich muss aber das Handwerk das Hauptunternehmen bleiben und bilden [4]). Ist dies nicht der Fall, so bestehen zwei Gewerbe nebeneinander. Entscheidend ist dann, welches der Gewerbe hinter dem anderen Gewerbe zurücktritt. So kann das Handwerk von dem Nebengewerbe vollständig verdrängt werden; in diesem Falle wird man den Unternehmer nicht mehr als Hand-

---

1) Weiss S. 14, sowie die dort aufgeführte Literatur.
2) Lastig S. 73 u. 74.
3) a. a. O. S. 57.
4) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 53.

werker, sondern mindestens als Kleingewerbetreibenden ansprechen können.

Im einzelnen gilt bei den von uns im Eingang genannten beiden Arten von Handwerkern folgendes: Bei dem Handwerker-Minderkaufmann erstreckt sich die Eigenschaft des Handwerks, wenn dieses der Hauptgegenstand bleibt, auch auf das Umsatzgewerbe mit den bezogenen Waren. Dieses wird nicht als reines Gewerbe, sondern als Ausfluss des Handwerks angesehen. Das ist nach unserer Ansicht überhaupt nicht nur richtig, sondern es wird bedungen durch die Fortschritte des Verkehrs, durch die Erhöhung und Verfeinerung der Ansprüche seitens der Kunden des Handwerkers. So führt der Bäcker neben seinen Backwaren fertig bezogene Zuckerwaren. Zu beachten ist natürlich, dass, wenn das Handwerk gegenüber dem Umsatzgewerbe an Bedeutung zurücksteht, die Vollkaufmannseigenschaft, wenn der Betrieb sie zulässt, auch auf den Handwerksbetrieb übergreifen kann.

Betreiben die Lohnhandwerker einen Handel mit fertigen Waren, so ist derselbe, solange sich dieser in geringen Grenzen bewegt, ohne Einfluss. Der Betrieb macht noch nicht zum Kaufmann. Die Sache wird sofort von Bedeutung, wenn der Handel mit fertig bezogenen Waren einen derartigen Umfang annimmt, dass das Umsatzgewerbe zu dem Gewerbe wird, aus dem der Unternehmer den Gewinn erzielen will und erzielt, die Handwerkstätigkeit also nur noch nebenbei ausübt, z. B. Uhrmacher, Goldschmied, Mechaniker, Inhaber von Fahrradreparaturwerkstätten, die gleichzeitig ein grosses Kommissionslager unterhalten; dann wird der Unternehmer gemäss § 1 zum Kaufmann und zwar je nach Art und Umfang des Betriebes Kleingewerbetreibender oder Vollkaufmann.

Betreibt der Unternehmer das Handwerk gesondert vom Umsatzgewerbe, so richtet sich seine Kaufmannseigenschaft einmal nach dem einen Gewerbe, zum anderen aber auch nach dem anderen Gewerbe. Er kann zugleich Voll- und Minderkaufmann in einer Person sein[1]). Der Lohnhandwerker kann also im Einzelfall Voll-, Minder- und Nichtkaufmann sein.

Am Schlusse dieser Erörterung sei noch einmal zusammengefasst: Es gibt weder eine genaue Definition des Handwerks noch des Fabrikbetriebs, noch wird eine solche möglich sein. Lastig sagt daher mit Recht[2]): „Eine Definition vom Handwerk oder Handwerker aufzustellen, so dass unmittelbar und lediglich aus ihr in jedem einzelnen Falle zu entscheiden ist, ob der betreffende Gewerbetreibende Handwerker ist, muss ebenso fehlschlagen, wie der gleiche Versuch bei Handel und Kaufmann; auch eine noch so genaue und für den Augenblick erschöpfende Aufzählung kann für die Dauer nicht genügen, dem vorhandenen Handwerk treten im Laufe der Zeit stets neue zu."

§ 6.

Die Kleingewerbetreibenden.

Die zweite Gruppe der Minderkaufleute des § 4 bilden die „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht", oder kurz bezeichnet die Kleingewerbetreibenden. Voraussetzung ist hier ebenso wie beim Handwerk die Kaufmannseigenschaft, d. h., der Inhaber des Gewerbebetriebes muss Kaufmann kraft Gewerbes sein. Die Personen des § 2 können nicht zu dieser Gattung gehören, da sie die

1) Darüber siehe unten § 12.
2) a. a. O. S. 65.

Kaufmannseigenschaft erst mit dem Momente der Eintragung erwerben und dann Vollkaufleute werden, zweitens weil ihr Gewerbebetrieb gerade das Gegenteil von dem des kleingewerblichen Betriebes, nämlich einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Betrieb erfordert. Aber auch die in § 3 genannten Kannkaufleute können nicht zu dieser Gruppe von Minderkaufleuten gezählt werden, da sie, wie die in § 2 genannten Kaufleute erst mit dem Momente der Eintragung die Kaufmanns- und dann die Vollkaufmannsqualität erwerben, zweitens weil noch die weitere Voraussetzung nötig ist, dass der Land- oder Forstwirt das Handelsgewerbe als Nebengewerbe zu seinem Hauptbetriebe, der gebildet wird durch den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, ausübt. Da die Formkaufleute von vornherein nicht in Betracht kommen, bleiben nur noch die Musskaufleute, die Kaufleute kraft Gesetzes zur näheren Erörterung übrig, also begrifflich die in § 1 Abs. 2 unter Ziffer 1—9 aufgezählten Personen. Davon scheiden nun wieder aus die Handwerker. Weiter unterliegen der Betrachtung nicht die Inhaber gewisser in Ziffer 5 genannter Grundhandelsgeschäfte, nämlich der Personenbeförderung zu Wasser und zu Lande. Das Gesetz spricht hier von Anstalten; damit weist es aber auf den Grossbetrieb hin[1]). Die in Ziffer 3 genannte Versicherung gegen Prämie, die Bankier- und Geldwechslergeschäfte (Ziffer 4) können begrifflich im kleinen betrieben werden. Meist jedoch werden sie tatsächlich Grossbetrieb sein. Es gilt nur noch kurz Stellung zu nehmen zu den in Ziffer 2 und 9 genannten Gewerben. Voraussetzung für ihre Handelsgewerbeeigenschaft ist, dass sie „über den Umfang des

---

1) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 34; Goldmann Bd. 1 S. 14; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 24.

Handwerks hinausgehen“. Für die Begrenzung des Handwerks ist aber nun, wie wir oben gesehen haben [1]), die Art maßgebend, während für den Kleinbetrieb von anderen Gesichtspunkten auszugehen ist. Die in Ziffer 2 und 9 bezeichneten Gewerbe können über den Umfang des Handwerks hinausgehen, ohne dass die Vollkaufmannseigenschaft dabei erworben wird. Das Gewerbe kann sich vielmehr im Rahmen des Kleinbetriebs halten [2]) [3]). Eine Definition des Begriffs „Kleingewerbe“ gibt das Gesetz ebensowenig wie eine solche des Handwerks. Die Unterscheidung zwischen Gross- und Kleinbetrieb ist mit denselben Schwierigkeiten verknüpft wie die zwischen Handwerk und Fabrik.

War beim Handwerk die Art des Betriebes maßgebend, um es von anderen kaufmännischen Gewerben zu unterscheiden, so ist beim Kleingewerbe für den Unterschied der Umfang das allein Maßgebende. Staub stellt als Kriterium des Kleingewerbes nicht den Umfang hin, sondern erklärt, dass das Kriterium des Kleinbetriebes das gerade Gegenteil von dem in § 2 H.G.B. Gesagten sei, also dass der Betrieb nach seinem Umfange eine kaufmännische Organisation nicht erfordere [4]). Weiter sei es dasselbe Kriterium, welches das Gesetz als Kriterium zwischen Handwerk und Vollkaufmann aufstelle [5]). Zum Beweise seiner Behauptung bezieht er sich auf die Denkschrift, indem er sagt, dass sie durch die Erläuterung, der Gewerbebetrieb sei einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehe, das in § 2 und § 4 aufgestellte Kriterium ausspräche. Die Feststellung des gemein-

1) Siehe oben § 5.
2) Goldmann Bd. 1 S. 30; Gareis S. 71.
3) Staub Bd. 1 S. 73.
4) Staub Bd. 1 S. 74.
5) Staub in Deutsch. Jur. Zeit. Jahrg. 1898 S. 423.

samen Kriteriums sei das einzige Mittel, um eine gewisse Einheitlichkeit und durch die mit der Zeit zu erwartende Rechtsprechung eine gewisse Rechtseinheit zu erzielen. Eine Rücksichtnahme dabei auf das in § 2 neben dem Umfang aufgestellte Prinzip der „Art“ sei völlig bedeutungslos und zu ignorieren. Unter Umfang des Geschäfts sei der quantitative Inhalt der abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen. Die in der Reichstagskommission hervorgetretenen Anschauungen über den Begriff „Geschäftsumfang“ seien unklar und unzutreffend. Das Anlagekapital könne gross und der Umfang doch klein sein und umgekehrt; ebenso könne der Ertrag klein und der Umfang doch gross sein, wie dies immer der Fall sei, wenn mit Verlust gearbeitet würde. Auch der Umsatz entscheide nicht absolut[1]), da es vorkommen könne, dass ein grosses Geschäft seine Vorräte längere Zeit nicht absetzen könne, und dann der Umsatz klein sei und der Umfang des Betriebes doch gross sei, da der quantitative Inhalt nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte gross gewesen sei. Deshalb entscheide lediglich der quantitative Inhalt des Umfangs[2]).

Diese von Staub vertretene Ansicht kann, wie auch allgemein aus der Literatur zu ersehen ist, nicht gebilligt werden. Staub stellt für den Begriff des Kleingewerbetreibenden dasselbe Prinzip auf, das er als unterscheidendes Merkmal zwischen Handwerker und Kaufmann gefunden hat. Er führt alles auf die eine Grundlage des Erfordernisses einer kaufmännischen

---

1) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 39: Der Geschäftsumfang kann gross sein, während der Geschäftsumsatz infolge schlechter Konjunkturen klein sein kann.

2) Staub Bd. 1 S. 74; Staub in Deutsch. Jur. Zeit. Jahrg. 1898 S. 424.

Organisation zurück. Er stellt also Handwerker und Kleingewerbetreibende in ihrer Eigenschaft als Minderkaufleute völlig gleich. Dem widerspricht, wie wir oben ausgeführt haben, jedoch die gesonderte Aufzählung im Gesetz. Weiter ist Staub entgegenzuhalten, dass Art und Umfang eines Betriebes sich absolut nicht decken; denn unseres Erachtens ist aus dem Umstand, dass Staub das Wort „Art" ignoriert und nur den Umfang nennt, zu entnehmen, dass Staub die Art mit im Umfang enthalten meint. Da ist aber zu sagen, dass sich viele Gewerbeunternehmer denken lassen, bei denen die Abwickelung der Geschäfte sich so einfach vollzieht, dass im allgemeinen eine kaufmännische Einrichtung nicht erforderlich ist, und andererseits gibt es geringfügige Gewerbe, deren Geschäftsgang äusserst kompliziert ist. Im ersten Falle, z. B. bei Gesindebureaus, Flussbadeanstalten, ist eine kaufmännische Einrichtung wegen der Einfachheit und Durchsichtigkeit der Geschäftsführung nicht nötig, im zweiten Falle nicht, weil der Kreis der Personen, die ein Interesse an der Übersichtlichkeit der Geschäftsführung haben, so gering ist, dass eine kaufmännische Organisation unterbleiben kann[1]). Das Verfahren von Staub, die „Art" zu ignorieren, wird auch sonst abgelehnt[2]). Weiter scheint die Gleichstellung des § 2 und § 4 bedenklich, denn § 2 spricht von Art und Umfang und setzt hiernach seinen Begriff fest, während § 4 nur vom Umfang spricht.

Die Beurteilung, wann Gross- oder Kleinbetrieb

---

1) Lotze in Gruchot IV. Jahrg. S. 406.

2) O.L.G. Jahrg. 1901 S. 142: Die in der Literatur aufgestellte Ansicht, wonach das nach „Art" ignoriert .... oder mit anderen Worten das Gewerbe einen so erheblichen quantitativen Inhalt hat, dass sein ordnungsmässiger Betrieb eine kaufmännische Einrichtung erforderlich macht, kann nicht gebilligt werden.

vorliegt, hat nicht auf Grund einer vom Gesetz fest normierten Klassifizierung zu erfolgen, vielmehr hat der Registerrichter von Fall zu Fall zu entscheiden. Es kommen zahlreiche Momente zur Berücksichtigung. Der Registerrichter hat dabei weniger auf den Erfolg des geschäftlichen Unternehmens, als vielmehr darauf zu achten, ob der Gewerbebetrieb seinem ganzen Charakter nach nur für kleinere begrenzte Verhältnisse berechnet ist, für die der Maßstab einer eigentlichen kaufmännischen Organisation nicht passt. Damit schliessen wir uns der Meinung von Düringer-Hachenburg[1]) an, wobei wir aber auch die von Staub gemachten Ausführungen, dass das Anlagekapital gross und der Umfang gering sein könne, als zutreffend mit übernehmen. Dies tun wir, wenn wir sagen, es kommt weniger auf den Erfolg des geschäftlichen Unternehmens an, denn dieser kann damit ein geringfügiger oder ein negativer sein.

Maßgebend bleibt in der Hauptsache der Geschäftsumfang, nicht der Geschäftsumsatz. Im Entwurf des H.G.B. stand das Wort „Geschäftsumsatz"; an seine Stelle wurde auf Antrag in der Kommission das Wort „Geschäftsumfang" gesetzt, indem man geltend machte und von der Ansicht ausging, dass Geschäftsumfang der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente, wie Anlagekapital, Umsatz. Ertrag usw., berücksichtigt werden könnten[2]). Lotze[3]) folgert hieraus, dass der Schwerpunkt zweifellos nach der qualitativen Seite neige. Es solle entscheiden, mit welchen Mitteln das Geschäft arbeitet (Anlage- und Betriebskapital), welche Bedeutung (Umsatz) und welchen Erfolg (Ertrag)

---

1) a. a. O. Bd. 1 S. 54.
2) Hahn Mat. S. 540.
3) In Gruchot IV. Jahrg. 6. Folge S. 413.

das Geschäft habe. Andere Momente — die wir noch aufführen werden — könnten nur erst mittelbar und nur insoweit in Betracht kommen, als aus ihnen auf die Bedeutung und den Umfang ein Rückschluss gezogen werden könne. Unserer Ansicht nach geht Lotze hier fehl, wenn er diese Momente als diejenigen hinstellt, die für den Registerrichter bei der Beurteilung, ob Gross- oder Kleinbetrieb vorliegt, insbesondere wenn Lotze das Gewicht nach der qualitativen Seite verlegt. Wir möchten sagen, das Recht liegt in der Mitte, denn weder die quantitative Seite (Staub) noch die qualitative Seite (Lotze) entscheidet, sondern der Registerrichter hat nach beiden Seiten hin zu prüfen [1]).

Bei Prüfung der Frage, ob Grossbetrieb oder Kleinbetrieb vorliegt, kommen namentlich in Betracht:

„Das zum Betrieb verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, Grösse und Beschaffenheit der dem Betriebe dienenden Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebes, insbesondere aber, ob er in der Hauptsache von der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers ausgefüllt wird, oder ob darin eine grössere Anzahl von Angestellten unter Ausnutzung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist, das Maß der Inanspruchnahme von Kredit unter Wechselverkehr [2]), endlich die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu einem grösseren Kreise von Lieferanten, von Kunden oder Angestellten. Die Annahme eines Grossbetriebes ist

---

1) Damit schliessen wir uns der von Bovensiepen S. 28 u. 29 vertretenen Ansicht an.

2) In der Kreditgewährung, d. h. im Vorhandensein von Kredit- und Debetposten erblickt Lehmann-Ring in Bd. 1 S. 62 das entscheidende Kriterium.

aber nicht davon abhängig, dass der Betrieb seiner gesamten Beschaffenheit nach zu einer kaufmännischen Organisation [1]) hindrängt [2]) [3]).“

Zu den Kleingewerbetreibenden-Minderkaufleuten sind alle die Kaufleute zu rechnen, die entweder überhaupt keine kaufmännischen Betriebsformen haben oder die in der Nachahmung des Musters der bedeutenderen Berufsgenossen zwar Anfänge zu einer solchen Organisation haben, ohne jedoch den Umfang des Kleingewerbes zu überschreiten [4]) [5]). Hat das Gesetz keine allgemeine Begriffsbestimmung des Begriffs Kleingewerbe gegeben, so gibt es im § 4 Abs. 3 den Landesregierungen die Befugnis, die Grenzen des Kleingewerbes festzusetzen [6]). Es sagt § 4 Abs. 3 H.G.B.:

„Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenzen des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen festgesetzt wird.“

---

1) O.L.G. Jahrg. 1901 S. 143: Die kaufmännische Einrichtung, von der vor allem die kaufmännische Buchführung, die periodische Aufstellung von Inventur und Bilanz, die Zurückbehaltung der Abschriften von abgesendeten und die Aufbewahrung von empfangenen Geschäftsbriefen, sowie die dadurch veranlasste Beschäftigung eines kaufmännisch geschulten Personals setzt offenbar einen geschäftlichen komplizierten Organismus voraus. Ein solcher wird wiederum vornehmlich durch die allmähliche Anbahnung und Abwickelung geschäftlicher Beziehungen mit einem grösseren Kreise von Lieferanten, Kunden und sonstigen Beteiligten, insbesondere auch durch die Inanspruchnahme von Kredit- und Wechselverkehr usw. bedingt.

2) O.L.G. 1903 S. 466.

3) Joh. Bd. XXII. N. F. 3. S. A. 278.

4) Lotze in Gruchot Jahrgang 1900 6. Folge S. 411.

5) Anders R.G.E.Str. Bd. 24 S. 13.

6) Vergl. Goldmann Bd. 1 S. 30.

Der Gesetzgeber überlässt hiernach den Landesregierungen die Befugnis, die Grenze des Kleingewerbes festzusetzen, nicht aber auch die des Handwerks. In dieser Beziehung ist das Handelsrecht absolutes Recht. Dadurch, dass das Gesetz nur zulässt, die Grenzen nach gewissen Merkmalen festzusetzen, entzieht es den Landesregierungen die Befugnis, den Begriff des Kleingewerbes selbst festzusetzen. Es erleiden also die Bestimmungen des früheren Art. 10 erhebliche Einschränkungen. Danach war die Befugnis der Landesgesetze weit umfangreicher; sie konnten, wie schon erwähnt, neue Klassen von Minderkaufleuten schaffen oder auch ihren Kreis einschränken. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass Art. 10 den Landesgesetzgebungen die Befugnis einräumte, während § 4 Abs. 3 es den Landesregierungen anheimgibt.

Es war in der Reichstagskommission [1]) der Antrag gestellt worden, „Landesregierungen“ durch „Landesgesetzgebung“ zu ersetzen, also die Fassung des Art. 10 beizubehalten, indem man ausführte, dass zur Abgrenzung zwischen Gross- und Kleingewerbe es wünschenswert sei, die Erfahrungen der Landesvertretungen zu verwerten, da die Bedürfnisse des Kleingewerbes bei den Verwaltungsbehörden schablonisiert werden würden. Diesem Antrage wurde entgegengehalten, dass eine solche Regelung durch die Landesgesetzgebung viel zu schwerfällig sei, eine Korrektur von Fehlern sei bei Verwaltungsakten viel leichter. Weiter sei zu berücksichtigen, dass einzelne Landtage nur alle zwei Jahre zusammentreten [2]). Nach Staub [3]) können die Landesregierungen die Befugnis

1) Hahn Mat. S. 539.
2) Hahn Mat. S. 540.
3) Staub Bd. 1 S. 74.

dadurch zur Verwirklichung bringen, dass sie im Wege des Gesetzes oder der Verordnung derartige Bestimmungen treffen, während nach Cosack dies nur im Wege der Verordnung geschehen kann[1]) und nach Goldmann[2]) die Bestimmungen nur Verwaltungsakte der Organe der Landesregierungen sein können. Unsere Ansicht möchten wir dahin aussprechen, dass die Auffassung von Goldmann als die richtige erscheint, weil sie dem Wortlaut des Gesetzes entspricht.

Die Bestimmungen, welche die Landesregierungen erlassen, sollen in erster Linie auf die nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht, dann in Ermangelung einer solchen Besteuerung auf andere Merkmale Rücksicht nehmen. Hierdurch ist aber einer Rechtszersplitterung der Weg geöffnet, indem die einzelnen Landesregierungen entweder nach einem Steuergesetz oder nach anderen Merkmalen die Besteuerung treffen können. Aus diesem Grunde ist es wünschenswert, dass die Regierungen von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen. Mit Recht sagt Staub: „Anderweite Grenzbestimmungen würden, wenn sie nicht von allen Regierungen nach denselben Grundsätzen erlassen würden, die eben mühsam errungene Rechtseinheit auf diesem hochwichtigen Gebiete zerreissen, und auch wenn sie nach einheitlichen Grundsätzen erlassen würden, so würden sie doch das ganze System, auf welchem der Unterschied zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann, zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten sich aufbaut . . . . ., von Grund aus erschüttern und so die ohnehin nicht gerade einfache Bedeutung dieser Materie in eine bedauerliche Unordnung verwandelt werden[3]). Bisher hat nur ein

1) Cosack S. 65.
2) a. a. O. Bd. 1 S. 33.
3) Staub Bd. 1 S. 75.

Bundesstaat, und zwar Schwarzburg-Rudolstadt, von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, indem er in § 1 der Verordnung vom 16. Dezember 1898 sagt: Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 Mark noch das Anlage-, Betriebskapital 2000 Mark übersteigt. Diese Grenze würde, wie Plange zutreffend sagt, wohl kaum für grössere Handelsplätze zu empfehlen sein.

Am Schlusse dieses Paragraphen sei nur noch kurz auf die Bestimmungen in § 4 Abs. 2 eingegangen. Dieser besagt: „Durch eine Vereinigung zum Betriebe eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.“ Es können sich hiernach Minderkaufleute zum gemeinsamen Betrieb ihres Gewerbes vereinigen, aber sie können nicht eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft begründen. Diese beiden Arten von Handelsgesellschaften bedeuten, dass die Gesellschafter gemeinsam eine Firma führen; von der Firma sind aber Minderkaufleute ausgeschlossen.

Vereinigen sich Minderkaufleute zur gemeinschaftlichen Führung ihres Gewerbes, so können sie wohl eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft begründen, wenn der Betrieb durch die Vereinigung einen Umfang annimmt, der über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

III.

Die rechtliche Stellung der Minderkaufleute.

A.

§ 7.

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs.

Nach § 4 H.G.B. sind die Minderkaufleute von den Vorschriften über Firma, Handelsbücher und Prokura ausgeschlossen, also die im Handelgesetzbuch diese Gegenstände betreffende Abschnitte treffen auf sie nicht zu. Weiter haben auch die Vorschriften über das Handelsregister auf sie keine Anwendung zu finden.

Soweit das Gesetz die Minderkaufleute nicht ausschliesst, haben sie die Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns, d. h., überall, wo der Gesetzgeber vom Kaufmann spricht, ist auch der Minderkaufmann darunter zu verstehen. Das zeigt das ganze dritte Buch, welches die Handelsgeschäfte regelt. Die Unterstellung unter das Handelsrecht ist sogar noch ausgedehnter geworden durch die Beseitigung der im Art. 273 Abs. 3 enthaltenen Vorschriften, dass die Weiterveräusserung seitens der Handwerker, soweit sie nur in Ausübung des Handwerks geschieht, nicht als Handelsgeschäft zu betrachten ist[1] [2].

„In rechtsgeschäftlicher Beziehung wird der Minderkaufmann in der Regel ebenso wie der Vollkaufmann behandelt[3].“ Die im Betriebe seines Handelsgewerbes

1) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 40.

2) Wegen Beseitigung der Vorschrift des Art. 273 Abs. 3 vergl. Hahn Mat. S. 539.

3) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 55.

abgeschlossenen Geschäfte sind Handelsgeschäfte (§ 343), wobei die Vermutung des § 344 Abs. 1 Platz greift, wonach im Zweifel die von einem Kaufmann abgeschlossenen Rechtsgeschäfte als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten[1]). Die von einem Minderkaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betrieb seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus der Urkunde etwas anderes ergibt (§ 344, Abs. 2). Der Minderkaufmann muss, wenn das Geschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft und er zur Sorgfalt verpflichtet ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einstehen (§ 347). Überhaupt muss bei Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht genommen werden (§ 346), wobei jedoch zu beachten ist, dass der Minderkaufmann nicht mit dem gleichen Maßstabe wie der Vollkaufmann gemessen werden kann; vielmehr muss im Fall des § 347 die Sorgfalt der Kategorie von Kaufleuten angewendet werden, der der Genannte angehörte[2]). Weiter haben die Minderkaufleute bei beiderseitigen Handelsgeschäften, gleichviel ob der andere Kontrahent Vollkaufmann oder Minderkaufmann ist, das Recht bezw. die Pflicht, 5 % Zinsen zu verlangen bezw. zu bezahlen (§ 352, 353). Die Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehilfen greifen gleichfalls für die in § 4 genannten Personen Platz. Der Minderkaufmann hat ein Recht auf Provision (§ 354); er kann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausüben (§ 369); er kann weiter im Kontokurrentverkehr stehen (§ 355). Etwaige

---

1) Goldmann Bd. 3 S. 1358.

2) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 56; Goldmann Bd. 1 S. 34, Bd. 3 S. 1371; R.O.H.G. Bd. 13 S. 439.

vom Minderkaufmann ausgestellte oder auf ihn gestellte Anweisungen sind indossabel nach § 363. Verpfändet oder veräussert der Minderkaufmann bewegliche Sachen, so greift der „erweiterte Schutz des guten Glaubens“ statt[1]), d. h., der gutgläubige Erwerber oder Pfandgläubiger erwirbt das Eigentum bezw. Pfandrecht an der Sache schon dann, wenn er im guten Glauben annimmt, dass der Veräusserer oder Verpfänder über den Gegenstand verfügungsberechtigt ist, ohne Eigentümer zu sein. Die nach §§ 377 und 378 bestehende unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht liegt dem Minderkaufmann in gleicher Weise wie dem Vollkaufmann ob[2]).

B. Vorschriften, welche auf den Minderkaufmann keine Anwendung finden.

§ 8.

Die Vorschriften über die Firma.

Nach § 4 des Handelsgesetzbuchs finden die Vorschriften über die Firma auf den Minderkaufmann keine Anwendung, d. h., er unterliegt nicht den Vorschriften des dritten Abschnitts des ersten Buches (§§ 17—37).

Der Minderkaufmann führt also keine Firma; der Name, unter dem er sein Geschäft betreibt, ist nicht eine Firma. Er ist weder verpflichtet, seine Firma zur Anmeldung beim Handelsregister zu bringen, noch ist er dazu berechtigt, er kann unter der Firma weder klagen noch verklagt werden[3]). Der Name, unter dem der Minderkaufmann sein Gewerbe betreibt, ist sein

1) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 256.

2) Sächs. Arch. Bd. 14 S. 246.

3) Makower S. 18; Lehmann-Ring Bd. I S. 40; Staub Bd. 1 S. 75; Gareis-Fuchsberger S. 25; Cosack S. 72; Goldmann Bd. 1 S. 31.

bürgerlicher Name. Es lassen sich nun folgende Fälle denken:

1. Der Minderkaufmann betreibt unter seinem bürgerlichen Namen das Geschäft.
2. Der Minderkaufmann betreibt zwar unter seinem bürgerlichen Namen das Gewerbe, aber unter Hinzufügung eines Zusatzes, z. B. & Co.
3. Der Minderkaufmann betreibt das Gewerbe überhaupt nicht unter seinem Namen, sondern unter einem fremden Namen.
4. Der Minderkaufmann übt sein Gewerbe unter einem sog. Etablissementsnamen aus.

1. Betreibt der Minderkaufmann unter seinem bürgerlichen Namen das Geschäft, so steht ihm zwar nicht der Schutz des Handelsrechts zur Seite, aber sein Name wird geschützt durch die Bestimmungen des B.G.B. (§ 12 und 823). Er braucht dabei nicht Rücksicht zu nehmen darauf, dass schon ein anderer unter gleichem Namen das Gewerbe ausübt, oder dass ein Vollkaufmann diesen Namen als Firma führt.

B.G.B. § 12 sagt:

„Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten, oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu befürchten, so kann er auf Unterlassung klagen.“

Voraussetzung ist also, dass der Dritte unbefugt den Namen gebraucht und dass ein Interesse des Berechtigten verletzt wird. Der eingetragene Vollkaufmann kann nicht etwa gegen den Minderkaufmann, welcher befugt den Namen gebraucht, aus § 12 B.G.B.

einschreiten [1]), noch vermag der Registerrichter gemäss § 30 einzuschreiten. Aus § 30 kann der Registerrichter nicht einschreiten, weil Voraussetzung dort ist, dass der Kaufmann sich seines Namens auch als Firma bedienen will. Der Minderkaufmann hat aber doch keine Firma.

§ 823 B.G.B. lautet:

„Wer vorsätzlich oder fahrlässig ..... das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet."

Der Name ist ein Recht der Person, ist somit ein „sonstiges" Recht. § 823 B.G.B. gibt also dem Berechtigten, wenn die Voraussetzungen des Namensrechts des § 12 B.G.B. vorliegen, noch einen weiteren Anspruch auf Schadensersatz, vorausgesetzt, dass dem Berechtigten Schaden entstanden ist. Ein Recht auf Schadensersatz gewähren dem Minderkaufmann auch das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 und das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnung vom 12. Mai 1894. Das Reichsgesetz vom 27. Mai 1896 sagt in seinem § 8:

„Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslung mit dem Namen der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein Anderer befugter Weise bedient, ist diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Auch kann er Anspruch auf Unterlassung der missbräuchlichen Art der Benutzung geltend machen."

---

1) Warneyer S. 6 II Ziffer 9.

Das Reichsgesetz vom 12. Mai 1894 sagt ähnlich im § 14:

„Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren ..... oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergl. mit dem Namen oder der Firma eines anderen .... widerrechtlich versieht ...., ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet."

Beide Bestimmungen schützen also sowohl die Firma als auch den Namen. Der Vollkaufmann führt die Firma, der Minderkaufmann den Namen.

2. Betreibt der Minderkaufmann das Gewerbe zwar unter seinem Namen, bedient er sich aber eines Zusatzes wie & Co., so stehen ihm die Rechte, wie sie unter 1. aufgezählt sind, insoweit nicht zu, als der Zusatz in Betracht kommt, d. h., er kann gegen denjenigen, welcher den gleichen Namen oder genauer gesagt, den gleichen Namen mit gleichem Zusatz führt, nicht irgendwie klagbar werden, da er sich ja selbst eines ihm nicht zukommenden Namens bedient. Der Registerrichter kann ihn ausserdem zur Unterlassung der Führung dieses Zusatzes in Gemässheit von § 37 Abs. 1 anhalten [1]).

3. Wenn der Minderkaufmann das Gewerbe überhaupt nicht unter seinem bürgerlichen Namen, sondern unter einem fremden Namen betreibt, so stehen ihm überhaupt keine Rechte auf Schutz dieses Namens zu, vielmehr ist er allen oben unter Nr. 1 aufgeführten Klagen ausgesetzt. Gebraucht er die Firma eines Vollkaufmanns, so kann dieser auf Grund von § 37 Abs. 2 auf Unterlassung klagen, denn der Name, den der Minderkaufmann führt, ist ja nicht sein Name. Im Anschluss hieran sei gleich die Frage erledigt: Kann ein Minder-

1) Staub Bd. 1 S. 125; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 42; Joh. Bd. 13 S. 27.

kaufmann seinen Namen bei Veräusserung des Geschäfts, des Gewerbes mit veräussern, etwa in analoger Anwendung des § 22 H.G.B. Der Name des Minderkaufmanns ist ein höchst persönlicher Name. Wer das Gewerbe, sei es durch Kauf, sei es durch Erbgang oder in anderer Weise erwirbt, kann nicht etwa den Namen fortführen, selbst dann nicht, wenn sich das Gewerbe zum Grossbetrieb ausgebildet hat. Treffen die Kontrahenten bei der Veräusserung ein Abkommen dahingehend, dass der Erwerber berechtigt sein soll, den Namen des minderkaufmännischen Geschäfts fortzuführen, so haftet er dem Verkäufer für alle von seinem Erwerber unter seinem Namen abgeschlossenen Geschäfte, indem von dem Grundsatz ausgegangen wird, dass der Veräusserer, wenn er erlaubt, dass unter seinem Namen Geschäfte abgeschlossen werden, kraft der damit begründeten Stellvertretung, für die dadurch entstehenden Verbindlichkeiten haftet[1]).

4. Der Minderkaufmann betreibt sein Gewerbe unter einem sogenannten Etablissementsnamen, z. B. die Gastwirte, die meist eine Bezeichnung „Zum Palmbaum", „Zur goldenen Sonne" wählen. Dieser Etablissementsname geniesst nicht den Schutz des § 12 B.G.B. oder § 37 H.G.B.; denn weder ist er ein persönlicher Name noch eine Geschäftsbezeichnung des Inhabers der Firma. Der Inhaber des Geschäfts, das diesen Etablissementsnamen führt, kann nicht verbieten, dass ein anderer die gleiche Bezeichnung nicht führe bezw. nicht verlangen, dass der andere einen unterscheidenden Zusatz hinzufügt. Denn jeder hat die Berechtigung, sich einen solchen Namen zuzulegen. Die weitere Wirkung des Umstandes, dass dieser Name weder ein Name im Sinne des § 12 B.G.B. noch eine Firma ist,

1) Goldmann Bd. 1 S. 31; Staub Bd. 1 S. 76; Sächs. Arch. Bd. 7 S. 435; R.G.E. Bd. 12 S. 12 u. Bd. 15 S. 36; Gareis-Fuchsberger S. 35.

zeigt sich darin, dass der Name nicht mit dem Etablissement oder ohne dasselbe veräussert werden kann [1]). Der Etablissementsname findet also keinen Schutz im B.G.B. noch im H.G.B. Ein Schutz wird jedoch gewährt durch § 8 des Reichsgesetzes vom 27. Mai 1896 und § 14 des Reichsgesetzes vom 12. Mai 1894, wenn die Wahl der Bezeichnung seitens des Dritten in der Absicht erfolgt, durch Benutzung des Namens Verwechslungen hervorzurufen.

Die Verpflichtung des Minderkaufmanns hinsichtlich der Namensführung wird im gewissen Sinne durch die Reichsgewerbeordnung § 15a geregelt [2]). Hierdurch sind alle Gewerbetreibenden (also Voll- und Minderkaufmann), die einen offenen Laden haben, oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Aussenseite oder am Eingang des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen; die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung ist strafbar (§ 148 R.Gew.O.).

Dem vorigen entsprechend finden auch die Vorschriften hinsichtlich der Firma und der Schuldenhaftung bei Veräusserung oder Vererbung des Handelsgeschäfts auf den Minderkaufmann keine Anwendung.

Wie es sich verhält, wenn der Minderkaufmann im Register zu Unrecht eingetragen ist, also als Vollkaufmann gilt, siehe unten § 13.

§ 9.

Die Vorschriften über die Handelsbücher.

Im § 4 H.G.B. wird der Minderkaufmann weiter ausgeschlossen von der Verpflichtung zur Führung von

1) Staub Bd. 1 S. 116; Anschütz u. von Völderndorff (Allfeld) Bd. 1 S. 115 u. S. 63.

2) Vergl. Art. 9 E.G.H.G.B.

Handelsbüchern. Nach § 38 H.G.B. hat jeder Kaufmann die Verpflichtung, Bücher zu führen, in denen er seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmässiger Buchführung ersichtlich zu machen hat. Er hat Kopien der abgesandten Handelsbriefe anzufertigen und diese aufzubewahren, ebenso hat er die empfangenen Geschäftsbriefe geordnet aufzubewahren. Weiter hat der Kaufmann alljährlich eine Bilanz aufzustellen und zwar in Reichswährung (§§ 39, 40). Die Handelsbücher selbst müssen gebunden, dabei Blatt für Blatt mit fortlaufender Nummer versehen sein, und sie müssen in einer lebenden Sprache und in den Schriftzeichen derselben geführt sein.

Das Gesetz spricht hier allgemein vom Kaufmann. Auf Grund von § 4 finden jedoch alle diese Bestimmungen keine Anwendung auf den Minderkaufmann. Er darf selbstverständlich Handelsbücher führen, braucht es aber nicht zu tun[1]). Führt er Handelsbücher, so kann er sich dabei einer toten, z. B. hebräischen Sprache und der Schriftzeichen derselben bedienen. Weiter besteht für ihn keine Aufbewahrungspflicht hinsichtlich der Briefe. Die Bedeutung der Führung bezw. Nichtführung von Handelsbüchern wird praktisch in dem Momente, wo über das Vermögen des Kaufmanns der Konkurs eröffnet wird. Hat der Vollkaufmann es unterlassen, Handelsbücher den Vorschriften entsprechend zu führen, so verfällt er den Bestimmungen der K.O. § 239, 240 und damit dem Strafrichter. Dieser hat dann selbst zu prüfen, ob Voll- oder Minderkaufmannseigenschaft vorliegt. Führt der Minderkaufmann Handelsbücher, so kann er nicht wegen schlechter

---

1) Staub Bd. 1 S. 76; Gareis-Fuchsberger S. 36; Goldmannn Bd. 1 S. 32; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 42.

und ordnungswidriger Führung zur strafrechtlichen Veranwortung herangezogen werden, da eine rechtliche Verpflichtung zur Führung von Büchern nicht besteht.

§ 45 H.G.B. bestimmt:

„Im Laufe eines Rechtsstreits kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen. Die Vorschriften der Civilprozessordnung über die Verpflichtung des Prozessgegners zur Vorlegung von Urkunden bleiben unberührt."

Wie verhält es sich nun, wenn der Minderkaufmann freiwillig ordnungsgemäss Bücher geführt hat? § 45 findet auf ihn keine Anwendung, er ist vielmehr nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Nach § 422 C.P.O. ist im Laufe eines Rechtsstreits der Gegner zur Vorlegung von Urkunden verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung von Urkunden verlangen kann. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts finden sich in § 810 B.G.B. Hiernach kann derjenige, welcher ein rechtliches Interesse hat, die Vorlegung bezw. die Gestattung der Einsicht in eine im fremden Besitz befindliche Urkunde dann verlangen, wenn

1. die Urkunde in seinem Interesse errichtet ist,
2. in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist,
3. die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen gepflogen worden sind,
4. die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

Die vom Minderkaufmann geführten Bücher stellen sich als solche Urkunden dar, denn sie enthalten ja Aufzeichnungen vorgenannter Natur. Es kann daher jeder, ein rechtliches Interesse vorausgesetzt, die Vorlegung der von einem Minderkaufmann geführten Handelsbücher verlangen [1]).

Die Beweiskraft, die den Handelsbüchern innewohnt, ist nicht gesetzlich normiert; die vom Minderkaufmann geführten Handelsbücher unterliegen ebenso wie die Handelsbücher des Vollkaufmanns der freien Beweiswürdigung des erkennenden Richters [2]) [3]). Im Verhältnis der Handelsbücher des Minderkaufmanns zu denen des Vollkaufmanns wird letzteren im allgemeinen eine grössere Beweiskraft innewohnen, da ihre Führung nach ganz genau bestimmten Regeln und Grundsätzen erfolgt. Die Vorlegung der Handelsbücher kann also nicht vom Gericht angeordnet werden in Gemässheit des § 45, wohl aber kann der Gegner bei rechtlichem Interesse in den unter 1—4 aufgezählten Voraussetzungen die Vorlegung verlangen.

---

1) Anderer Ansicht ist Warneyer B.G.B. S. 276 Anm. z. § 810 Nr. 3: „Die Geschäftsbücher der Gewerbetreibenden, die nicht Kaufleute (Vollkaufleute) sind und daher nach den Bestimmungen des H.G.B. zur Führung von Büchern nicht verpflichtet sind, sind keine Urkunden im Sinne von § 810 B.G.B.“ Warneyer geht hier über die allgemein bestehende Ansicht hinaus, wenn er die Urkundeneigenschaft für diese Bücher überhaupt ablehnt. Nach der herrschenden Ansicht sind die Handelsbücher insoweit als Urkunden zu erachten, als der einzelne Eintrag ein zwischen dem Kaufmann (auch Minderkaufmann) und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet. Vergl. dazu Staub Bd. I S. 199; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 162, z. B. Kontokurrentverkehr zwischen zwei Kaufleuten minderen Rechts (Gareis-Fuchsberger S. 36).

2) § 286 C.P.O.

3) Gareis-Fuchsberger S. 36; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 42.

§ 10.

Die Vorschriften über die Prokura.

Ausser den Vorschriften über die Firma und Handelsbücher finden auch die über die Prokura geltenden Vorschriften gemäss § 4 H.G.B. auf Minderkaufleute keine Anwendung. Bestellt gleichwohl der Minderkaufmann einen Prokuristen, so gilt es zu prüfen, ob die Prokura schlechthin ungültig ist oder eine besonders weitgehende Generalvollmacht darstellt. Die herrschende Meinung sagt, dass im Zweifel anzunehmen ist, dass mit dem Worte „Prokura" eine besonders weitgehende Generalvollmacht erteilt sein solle. Diese Art der Vollmachtserteilung seitens des Minderkaufmanns in der Form der Prokura wird sich dann als eine generelle Handlungsvollmacht des § 54 H.G.B. darstellen. Es ist anzunehmen, dass der Inhaber des Geschäfts durch die Erteilung der Vollmacht als Prokura eine möglichst weitgehende Vollmacht in Bezug auf sein Handelsgewerbe hat erteilen wollen [1]). Der Minderkaufmann kann Handlungsvollmacht erteilen [2]), wie dies ja auch das Gesetz erkennen lässt, indem es den Minderkaufmann nur von der Prokura ausschliesst. Tritt aber der Fall ein, dass der Minderkaufmann keine Handlungsvollmacht hat erteilen wollen, sondern eine Prokura im Sinne des § 48 H.G.B., so ist dies vollkommen unwirksam. Die von dem als Prokurist bezeichneten Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte werden in solchem Fall gleich den Geschäften behandelt, die von einem Nichtbevollmächtigten abgeschlossen worden sind. Es kommt also für den Prozessrichter darauf

1) Goldmann Bd. 1 S. 32; Staub Bd. 1 S. 76; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 42; Makower S. 18; Gareis-Fuchsberger S. 36.

2) Goldmann Bd. 1 S. 242.

an, wie Goldmann richtig sagt[1]), „den wahren Willen des Erklärenden in Gemässheit des § 183 B.G.B. zu erforschen".

Soweit der Minderkaufmann in seinem Betrieb Personen zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt anstellt, sind dieselben Handlungsgehilfen (§ 59 H.G.B.), die von ihm in kaufmännischen Diensten beschäftigten Lehrlinge sind Handlungslehrlinge. Das Verhältnis dieser Personen zum Geschäftsinhaber richtet sich nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, also denen des VI. Abschnitts im ersten Buche[2]).

§ 11.

Die Vorschriften der §§ 348—350.

§ 351 bestimmt, dass die Vorschriften der §§ 348 bis 350 auf den Minderkaufmann keine Anwendung finden. In diesem Buche des Handelsgesetzbuchs werden die Handelsgeschäfte behandelt. Die Bestimmungen über die Formlosigkeit der Bürgschaft (§ 348), des Schuldversprechens (§ 350) und über die Unmöglichkeit einer Ermässigung der im Betrieb des Handelsgewerbes von einem Kaufmann versprochenen Vertragsstrafe (§ 348) finden jedoch keine Anwendung, da ihre tiefeinschneidende finanzielle Bedeutung viel zu grosse Gefahren birgt und auch für den Minderkaufmann bei dem Maßstab seines kaufmännischen Geschäfts nicht passen.

Nach § 348 H.G.B. kann eine Konventionalstrafe, wenn sie von einem Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen wird, nicht durch Richterspruch herabgesetzt werden, selbst wenn sie

1) a. a. O. Bd. 1 S. 32.

2) Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 55; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 32; O.L.G. Zweibrücken v. 13. Oktober 1903 in Diefenbach Bd. 35 S. 360, 361.

eine unverhältnismässig hohe ist. Anders verhält es sich bei dem Minderkaufmann. Dieser kann zwar eine Konventionalstrafe versprechen, die er, wenn er später die Überzeugung gewinnt, dass sie zu hoch ist, im Wege der Klage auf einen niederen, und zwar den angemessenen Betrag herabsetzen lassen kann. Eine solche Herabsetzung ist jedoch ausgeschlossen, sobald der Minderkaufmann die Vertragsstrafe gezahlt hat. Setzt der Richter die Strafe herab, so hat er dabei jedes Interesse des Gläubigers, nicht etwa nur das Vermögensinteresse zu berücksichtigen.

Verbürgt sich der Minderkaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes für eine Schuld, so finden auf den Vertrag über die Bürgschaft die Vorschriften des B.G.B. (§§ 765—776) Anwendung, d. h., der Minderkaufmann kann nicht dadurch eine Bürgschaft eingehen, dass er wie der Vollkaufmann formlos erklärt, bürgen zu wollen, sondern seine Erklärung bedarf der schriftlichen Form (§ 766 B.G.B.). Er muss also die Bürgschaftserklärung eigenhändig unterzeichnen. Weiter steht ihm zu die Einrede der Vorausklage (§ 771 B.G.B.), es sei denn, dass sie ihm aus anderen Gründen versagt ist[1]). Genügt eine Bürgschaft dem genannten Formerfordernis nicht, so ist sie nichtig[2]). Ebenso ist Schriftform erforderlich, wenn der Minderkaufmann ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Betriebe des Handelsgewerbes abgibt[3]). Formmangel zieht Nichtigkeit des Vertrages nach sich.

Maßgebend bleibt übrigens bei allen diesen Bestimmungen der Zeitpunkt der Eingehung des Vertrages. Schliesst z.B. ein Mechaniker einen Bürgschaftsvertrag

---

1) Goldmann Bd. 3 S. 1431.

2) Lehmann-Ring Bd. 2 S. 32; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 321; Staub Bd. 1. S. 77.

3) Staub Bd. 2 S. 1098.

ab, sein Unternehmen wächst sich aber zur Fabrik aus, er lässt sich eintragen, so wird nicht etwa der Formmangel geheilt. Soll die Bürgschaft trotzdem gültig sein, so muss die Neuerrichtung der Bürgschaft gemäss § 141 des B.G.B. erfolgen[1]). Über die Wirkung der zu Unrecht erfolgten Eintragung eines Minderkaufmanns auf den Abschluss der Geschäfte vergleiche unten § 13.

IV.
Einzelne Besonderheiten.

§ 12.
Voll- und Minderkaufmann in einer Person.

Wie wir im Laufe der Erörterungen mehrfach gesehen haben, kann es vorkommen, dass ein Vollkaufmann nebenbei auch noch ein Minderhandelsgewerbe betreibt. Es gilt nun zu prüfen, ob sich Vollkaufmanns- und Minderkaufmannseigenschaft in einer Person vereinigen können.

Goldschmidt verneint diese Frage, indem er sagt[2]), „der Vollkaufmannsstand ist unteilbar; niemand kann zugleich Voll- und Minderkaufmann sein“. Er führt dann des weiteren aus, dass die von einem Vollkaufmann erteilte Prokura sich auf alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen erstrecke, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringe. Der Vollkaufmann könne demgemäss nicht zugleich

1) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 321.
2) a. a. O. S. 533.

als Kaufmann minderen Rechts gelten, sonst stünde ihm gegen das Gesetz die Befugnis zu, einen Prokuristen für dieses zu haben. Der Vollkaufmann sei ferner nach Art. 28 zur Aufzeichnung aller seiner Handelsgeschäfte verpflichtet. Trotzdem ist die übrige Literatur und die Rechtsprechung anderer Meinung. Beide bejahen die Möglichkeit, dass Minder- und Vollkaufmannseigenschaft in einer Person vereint sein kann, vorausgesetzt, dass die beiden Gewerbe getrennt sind. Thöl macht jedoch eine Ausnahme, insofern er bei zwei getrennten Betrieben, die unter ein und derselben Firma betrieben werden, diese Möglichkeit leugnet [1]).

Nach Goldschmidt wäre der Kaufmannsstand ein in sich abgeschlossener Stand. Dem hält Behrend [2]) mit Recht entgegen, dass es ebensowenig einen „Vollkaufmanns"- wie überhaupt einen Kaufmannsstand gäbe. Die Möglichkeit, dass jemand Minder- und Vollkaufmann sein könne, gehe ja aus der Möglichkeit hervor, dass jemand rücksichtlich eines Gewerbes Vollkaufmann, rücksichtlich eines anderen Gewerbes Nichtkaufmann sein könne [3]) [4]). Wenn Goldschmidt meine, die Führung der Handelsbücher über alle Handelsgeschäfte sei erforderlich, so treffe dies nur zu, wenn die beiden Geschäfte nicht getrennt seien. Sei dies aber der Fall, so habe der Kaufmann das Ergebnis seines Minderhandelsgewerbes insoweit seinen Handelsbüchern einzuverleiben, als erforderlich sei, um eine Übersicht über die Lage seines Vermögens zu geben.

1) a. a. O. S. 146; Bovensiepen S. 32.

2) a. a. O. S. 195, 196.

3) Gareis-Fuchsberger S. 17; Immerwahr S. 41.

4) Gareis-Fuchsberger S. 32: Die Kaufmannseigenschaft, welche sich aus einem Handelsbetrieb ergibt, umfasst nicht notwendig die ganze Persönlichkeit des Betreibenden in allen seinen privatrechtlichen Beziehungen.

Im übrigen treffe ihn für das minderkaufmännische Gewerbe selbst nicht die Pflichten der kaufmännischen Buchführung.

Es ergibt sich: Vollkaufmann und Minderkaufmann können in einer Person vereint sein, vorausgesetzt, dass zwei völlig gesonderte und getrennte Betriebe vorliegen. Soweit es sich um das vollkaufmännische Gewerbe handelt, treffen den Inhaber die Pflichten des Vollkaufmanns, d. h., er ist verpflichtet, Handelsbücher zu führen, er hat aber auch die Rechte, z. B. er kann einen Prokuristen bestellen. Für das Minderhandelsgewerbe treffen ihn diese Rechte und Pflichten nicht; er hat nur insoweit in den Büchern des vollkaufmännischen Gewerbes ein Ergebnis des Minderhandelsgewerbes aufzuführen, als dies nötig ist, um die Lage seines Vermögens ersichtlich zu machen. Der für das Vollhandelsgewerbe bestellte Prokurist kann nicht gleichzeitig auch als Prokurist für das Minderhandelsgewerbe auftreten, sondern höchstens als Handlungsbevollmächtigter.

Hängt der Kleinbetrieb mit dem Grossbetrieb innerlich so zusammen, dass er mit diesem ein organisches Ganze bildet, so fällt die Doppeleigenschaft des Inhabers fort. Die Vollkaufmannseigenschaft greift durch, d. h. der Gewerbetreibende ist lediglich Vollkaufmann [1]).

§ 13.

Der im Handelsregister eingetragene Minderkaufmann.

Ein Minderkaufmann kann durch Einrichtung und Nachahmung des Geschäftsbetriebes seiner bedeuten-

1) Vergleiche zu obigen Ausführungen Lehmann-Ring Bd. 1 S. 40; Staub Bd. 1 S. 77; Goldmann Bd. 1 S. 33; Makower S. 18; Gareis-Fuchsberger S. 32; Cosack S. 48; R.G.E.Str. Bd. 25 S. 171; Anschütz und von Völderndorff Bd. 1 S. 72.

deren Berufsgenossen den Anschein erwecken, als ob er Vollkaufmann sei. Dieser Schein kann auch den Registerrichter täuschen, so dass dieser den Minderkaufmann in das Handelsregister einträgt. Welche Wirkung hat diese Eintragung? Ist der Minderkaufmann auf Grund der Eintragung Vollkaufmann geworden?

Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage ist § 5, der wie folgt lautet: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder dass es zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Gewerben gehöre.“ In der Literatur herrschen zwei Ansichten vor. Düringer-Hachenburg sagt[1]): Nach § 5 begründet die Eintragung eine durch keinen Gegenbeweis zu zerstörende zweifache Rechtsvermutung (praesumptio juris et de jure),

1. dass das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe und
2. dass es das Gewerbe eines Vollkaufmanns sei[2]).

Staub[3]) sagt: Der im Handelsregister zu Unrecht Eingetragene *gilt* nur als Vollkaufmann und zwar

1. wenn sein Gewerbe überhaupt kein Handelsgewerbe oder
2. das von ihm betriebene Gewerbe zwar ein Handelsgewerbe, aber nur Minderhandelsgewerbe ist.

Für unsere Betrachtung hat nur der letztere Fall Bedeutung.

Nach der ersten Ansicht sind die im Handelsregister eingetragenen Minderkaufleute Vollkaufleute,

---

1) a. a. O. Bd. 1 S. 57.
2) Ebenso Lehmann-Ring Bd. 1 S. 43 u. Makower S. 20.
3) a. a. O. S. 78.

während Staub sagt, sie gelten nur als Vollkaufleute, d. h., sie werden als Vollkaufleute angesehen in Bezug auf ihre Rechte und Pflichten. Zutreffend weist Staub darauf hin, dass die Fiktion nicht völlig durchzuführen ist, indem er Düringer-Hachenburg und Makower entgegenhält, dass sie zugeben müssen, dass der Eingetragene nur in civilistischer Hinsicht als Vollkaufmann gilt. „Man kann selbst zu Unrecht eingetragene Personen nicht Registerkaufleute oder Kaufleute kraft Eintragung nennen, weil dies die Meinung erweckt, als seien sie wirklich Kaufleute; man könne sie allenfalls als Scheinkaufleute kraft Gewerbes und Eintragung bezeichnen [1])." Staub geht dabei davon aus, dass ein Minderkaufmann sich als Vollkaufmann geriere und sieht darin, dass jemand seine Firma eintragen lässt, ganz eminent ein Auftreten als Vollkaufmann. Dem hält Schirrmeister entgegen [2]), dass das „Sich gerieren" als Kaufmann noch lange nicht bewirke, dass der Betreffende als Vollkaufmann gelte, vielmehr erst durch die Eintragung der Firma dies bewirkt würde. In der formalen Bedeutung der Firmeneintragung und nicht in seinem Auftreten oder „Sich gerieren" als Vollkaufmann liege der Rechtsgrund der Bestimmungen des § 5 H.G.B. Unserer Ansicht nach ist Staub insoweit zuzustimmen, als er vom Schein-Vollkaufmann [3]) spricht, wenn der Minderkaufmann mit seiner Firma im Handelsregister eingetragen ist. Insoweit er aber einen Minderkaufmann durch blosses „Sich gerieren" als Vollkaufmann schon zu einem solchen werden lässt, ist seine Ansicht abzulehnen. Wir halten die Einwendung, die Schirrmeister a. a. O. macht, für zu-

1) Staub Bd. 1 S. 79.

2) Goldsch. Zeitschr. Bd. 49 S. 30.

3) Damit übernehmen wir den von Bovensiepen S. 44 gebrauchten Ausdruck, den wir als zutreffend und prägnant bezeichnen.

treffend; er sagt: Ein Minderkaufmann kann auch wider seinen Willen eingetragen sein, insofern er eine Erklärung gar nicht abgegeben hat, vielmehr durch ein Versehen des Registerrichters eingetragen worden ist. Dem Minderkaufmann würden doch dann Rechte und Pflichten eingeräumt werden, die er gar nicht will.

Die Wirkung des § 5 ist, wie die Denkschrift sagt[1]), folgende: „Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eigetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, wird dem äusserlichen Umstand, dass die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt, zumal die Eintragung auch gegen den Willen des Betreffenden vom Registerrichter herbeigeführt werden kann . . . . . Ebensowenig kann die Eintragung die Wirkung haben, dass nunmehr der Eingetragene dem Registerrichter gegenüber unbedingt als eintragungsfähiger Kaufmann zu gelten hätte, mithin die Löschung der Firma ausgeschlossen wäre, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass die sachlichen Voraussetzungen der Eintragung nicht vorgelegen haben.“ Die Eintragung bewirkt also, dass der Eingetragene für die Dauer der Eintragung als Vollkaufmann gilt und zwar nur in civilistischer Hinsicht, nicht auch in öffentlich-rechtlicher Beziehung[2]). Es kommt also nicht darauf an, dass der Dritte, welcher mit dem Eingetragenen das Geschäft abschliesst, die Tatsache der Minderkaufmannseigenschaft kennt oder grobfahrlässig nicht kennt. Der Kontrahent ist eingetragen, damit gilt er als Vollkaufmann. Die Eintragung wirkt nicht nur gegen den Eingetragenen, sondern sie wirkt auch für

1) Hahn Mat. S. 203 u. 204.

2) Staub Bd. 1 S. 79; Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 57; Makower S. 20.

ihn, d. h., er kann sich auf die Rechte eines Vollkaufmanns, soweit sie zu seinen Gunsten sind, berufen. Der eingetragene Minderkaufmann kann einen Prokuristen bestellen[1]), Die Formvorschriften des B.G.B. über Bürgschaft, Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis treffen auf ihn nicht mehr zu; er ist der Vorschriften der § 348—350, von denen § 351 die Minderkaufleute gerade ausschliesst, teilhaftig[2]).

Das Geltungsgebiet des § 5 liegt aber nur auf dem Gebiete des Handelsrechts und des Privatrechts, nicht auf dem des öffentlichen Rechts, wie ja schon die Denkschrift a. a. O. sagt. Dies wird von Wichtigkeit, wenn der Schein-Vollkaufmann unter der von ihm geführten Firma klagt oder verklagt wird. Ist die Tatsache der Eintragung der Firma für den Prozessrichter bindend, d. h., hat er, obwohl er vielleicht weiss, dass der eingetragene Minderkaufmann ist, ein Urteil unter der Firmenbezeichnung zu erlassen? Hat der Prozessrichter auch dann eine Nachprüfung vorzunehmen, wenn er nicht weiss, dass die klägerische oder beklagte Firma die eines Minderkaufmanns ist? Staub sagt, der Richter habe weder die Pflicht noch das Recht, von Amts wegen ohne besonderen prozessualen Anlass die Angabe zu verlangen, um welches Rechtsgebilde es sich handele[3]). Anders verhalte es sich, wenn begründete Zweifel in der Qualität der hinter der Firmenbezeichnung sich verbergenden Partei hervortreten. Staub lehnt also hiermit auf der einen Seite die Nachprüfung durch den Prozessrichter ab, während er sie auf der anderen Seite doch fordert. Plange[4]) bestreitet überhaupt ein Recht der Nach-

1) Staub Bd. 1 S. 204.
2) Staub Bd. 2 S. 1074, 1086.
3) a. a. O. Bd. 1 S. 110.
4) a. a. O. S. 44.

prüfung durch den Prozessrichter; dieser habe den Eintrag des Registerrichters gelten zu lassen. Die Wirkung des § 5 gilt nur für das Handelsrecht und Privatrecht, aber nicht für das öffentliche Recht, zu dem das Prozessrecht gehört. Wollte man mit Staub sagen, der Richter hat kein Recht, selbst zu prüfen, so würde man ihm die Annahme einer Tatsache aufdrängen, die gar nicht für das Prozessrecht Geltung hat. Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass die Eintragung nicht bindend ist für den Prozessrichter; er kann und wird sie allerdings in den meisten Fällen gelten lassen, wenn ihm nicht Zweifel beikommen, sei es, dass er durch eigene Wissenschaft weiss, der unter der Firma Eingetragene ist Minderkaufmann, sei es, dass im Laufe des Prozesses solche Zweifel hervortreten. Dieser Annahme wird von Schirrmeister entgegengehalten, dass dadurch eine bedeutende Rechtsunsicherheit, die gerade § 5 beheben wollte, wieder eingeführt würde. Darauf ist mit Bovensiepen zu erwidern, dass im Gegenteil gerade die Möglichkeit der doppelten, genauen Prüfung der Kaufmannseigenschaft des Gewerbetreibenden einmal vor und bei seiner Eintragung im Handelsregister und dann bei seiner Prozessführung wegen des Firmengebrauchs die Rechtssicherheit nur erhöhen und verstärken kann.

Die Bedeutung des § 5 erstreckt sich nicht auf das öffentliche Recht, folglich auch nicht auf das Strafrecht. Der Schein-Vollkaufmann braucht also nicht Handelsbücher zu führen. Gerät er in Konkurs, so kann er nicht nach den Vorschriften der §§ 239, 240 K.O. zur Verantwortung herangezogen werden auf Grund der Tatsache der Eintragung. Der Strafrichter hat selbständig, unabhängig vom Registerrichter zu prüfen, ob

---

1) In Goldsch. Zeitschr. Bd. 48 S. 41.

Voll- oder Minderkaufmannseigenschaft vorliegt. Es kann sich der Eingetragene dem Strafrichter gegenüber mit Recht darauf berufen, dass er zur Führung von Handelsbüchern nicht verpflichtet sei [1]).

Der eingetragene Minderkaufmann gilt privatrechtlich solange als Vollkaufmann, als seine Eintragung besteht. Indessen kann der Minderkaufmann selbst wie jeder Dritte, der ein Interesse daran hat, bewirken, dass der zu Unrecht bestehende Eintrag im Handelsregister gelöscht wird. Insbesondere ist es Pflicht des Registerrichters, einzuschreiten, sobald er in Erfahrung bringt, dass der Eingetragene ein Minderhandelsgewerbe betreibt. Alle von der Eintragung bis zur Löschung abgeschlossenen Geschäfte des Minderkaufmanns gelten als von einem Vollkaufmann abgeschlossen. Der Eingetragene gilt von dem Momente der Eintragung als Vollkaufmann. Eine Veröffentlichung der Eintragung ist für diese rechtliche Wirkung nicht nötig. § 5 verlangt nur die Eintragung, nicht aber wie § 15 Eintragung und Bekanntmachung. Plange ist daher im Unrecht, wenn er sagt, die Wirkung des § 5 werde durch § 15 insofern abgeschwächt, als der Dritte sich die Einrede aus § 15 nur entgegenhalten zu lassen braucht, wenn die Eintragung veröffentlicht sei [2]). Bovensiepen hat Recht, wenn er ausführt, § 15 setze eine eintragungsbedürftige Tatsache voraus, die bekannt gemacht werden muss. Diese Eintragung sei aber gar nicht eine eintragungsbedürftige, sondern sie sei vielmehr eine durch Verschulden des Registerrichters erfolgte Eintragung; damit sei aber auch eine Bekanntmachung hinfällig [3]) Die Tatsache der zu Unrecht erfolgten Eintragung kann jederzeit durch den Registerrichter durch Löschung

1) Lehmann-Ring Bd. 1 S. 43.
2) a. a. O. S. 46.
3) a. a. O. S. 47.

von Amts wegen wieder behoben werden. § 5 steht zu § 15 in absolut keinem Verhältnis. Schliesst dagegen ein Dritter nach erfolgter Löschung mit dem Schein-Vollkaufmann Rechtsgeschäfte ab, in der Annahme, der Kontrahent sei noch eingetragen, so braucht er den Einwand, die Eintragung sei gelöscht, nur gegen sich gelten zu lassen, wenn die erfolgte Löschung ordnungsgemäss veröffentlicht worden ist, oder wenn er die Löschung kannte oder kennen musste [1]).

§ 14.

Schlussbemerkungen.

Es sei am Schlusse noch auf einige besondere Gesetze eingegangen, von deren Gebiet der Minderkaufmann, oder wie diese Gesetze sagen, „der Kaufmann, dessen Firma nicht in das Handelsregister eingetragen ist", ausgeschlossen ist. § 8 des Gesetzes vom 27. Mai 1896, betr. die Abzahlungsgeschäfte, bestimmt, dass die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung finden, wenn der Empfänger der Ware, also der Käufer, im Handelsregister eingetragen ist. Für den eingetragenen Kaufmann gelten also die scharfen Vorschriften des H.G.B., während der Minderkaufmann hier den Nichtkaufleuten gleichgestellt wird. Im Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896 werden die Minderkaufleute durch Bezugnahme auf Art. 10 des A.D.H.G.B. ausgeschlossen. Das Gesetz erfordert eine komplizierte Buchführung, zu der aber der Minderkaufmann nicht verpflichtet ist. Der Minderkaufmann kann auch nicht zum Handelsrichter ernannt werden. Denn § 113 G.V.G. verlangt, dass die Person

1) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 322.

als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist oder gewesen ist. Betreibt der Minderkaufmann zugleich ein Vollhandelsgewerbe und ist er dadurch Vollkaufmann und zwar eingetragener, so ist die Ernennung zum Handelsrichter möglich, aber nicht in seiner Eigenschaft als Minderkaufmann. Auch der im Handelsregister zu Unrecht eingetragen gewesene Minderkaufmann kann unserer Ansicht nach nicht zum Handelsrichter ernannt werden; denn er ist während der Dauer der Eintragung nicht Kaufmann gewesen, sondern hat nur als solcher gegolten. Der Umstand, dass er eingetragen war, beruhte auf einem Versehen des Registerrichters. Deshalb darf der eingetragen Gewesene nicht zum Handelsrichter ernannt werden. Das würde sogar nach unserer Ansicht dem Wesen des Handelsrichters widersprechen. Zum Handelsrichter sollen doch gerade Kaufleute bestellt werden, die durch die Grösse des Unternehmens sich eine gewisse grössere Kenntnis des Handels und der Handelsgebräuche erworben haben. Wir leiten diese unsere Ansicht aus § 118 G.V.G. her. Plange geht unserer Ansicht nach zu weit, wenn er allgemein den Satz aufstellt, Handelrichter könne zwar nicht der Minderkaufmann als solcher, wohl aber als früher eingetragen gewesener Kaufmann sein[1]). Dagegen kann ein Kaufmann, der als Vollkaufmann zu Recht eingetragen gewesen ist, dessen Gewerbe aber durch Ungunst der Verhältnisse und der Zeiten zum Minderkaufmann heruntergesunken ist und daraufhin die Eintragung gelöscht worden ist, unserer Ansicht nach mit Recht zum Handelsrichter ernannt werden. Er ist dann ein index habilis, obwohl er tatsächlich Minderkaufmann ist und auch nicht mehr eingetragen ist.

1) a. a. O. S. 54.